Die Einwilligung in die Körperverletzung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Albrecht Wegener,

Referendar.

Rostock i. M.
Ww. H. Winterbergs Buchdruckerei.
1927.

Referent: Geheimrat Prof. Dr. Wachenfeld.

Meinen Eltern in Dankbarkeit!

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung:

§ 1. Das Problem und die Bedeutung des volenti non fit iniuria im römischen Recht 11

1. Abschnitt: Die Einwilligung in die Körperverletzung nach dem geltenden Recht.

§ 2. Negative Ansicht, insbesondere die des Reichsgerichts. 15

§ 3. Vermittelnde Ansichten. 26

§ 4. Positive Ansicht. 36

2. Abschnitt:

§ 5. Stellungnahme der Entwürfe. 46

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Die Schuld nach dem Strafgesetze Bd. II u. III 1907.

Beck, Über die Tötung auf Verlangen und die Berechtigung ihrer Strafbarkeit mit Beziehung auf Teilnahme am Selbstmord unter besonderer Berücksichtigung der deutschen, österreichischen und schweizerischen Entwürfe. Würzburg. Diss. 1920, Masch.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Beling, Zu § 216, in der Z. St. W. Bd. 18 S. 285 ff.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1879.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. II,1 2. Aufl. 1914.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. I. 1902.

Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I. 1885.

Blaß, Die Tötung des Verlangenden. § 216 St.G.B. Heidelberg Diss. 1916.

Blume, Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Verletzten bei Körperverletzungen. Köln 1925. Diss. Masch.

Breithaupt, Volenti non fit iniuria. 1891.

Cohn, Die strafrechtliche Beurteilung der ärztlichen Operation. Rostock Diss. Jahr?

Dohna, Graf zu, Die Rechtswidrigkeit als Merkmal im Tatbestande. 1905.

Dorn, Tötung auf Verlangen des Getöteten. In G. A. Bd. 1, S. 325 ff.

Ebermayer, Reichsstrafgesetzbuch. 3. Aufl. 1925.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.

Freund, Die Einwilligung des Verletzten. Breslau Diss. 1921. Masch.

Friedrich, Käthe, Die zivilrechtliche Behandlung der Einwilligung des Verletzten bei der Körperverletzung. Breslau. Diss. 1925. Masch.

G. A. = Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.

G. S. Der Gerichtssaal.

Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil. Bd. II S. 487—530. 1908.

Guderian, Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden. I. Teil. Erlangen 1899. Diss.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. II 1884.

Derselbe, System des preußischen Strafrechts. Bd. I 1858.

Hartmann, Die Einwilligung des Verletzten vom Corpus iuris civilis bis zum Reichsstrafgesetzbuch, in Grünhuts Ztschr. Bd. 27 S. 697/770.

Hartwig, Die Körperverletzung des Einwilligenden nach dem Strafgesetzbuch, in G. S. Bd. 82 S. 301/351 und in G. S. Bd. 83 S. 56 ff.

Hepp, Theorie der Zurechnung.

Hofert, Die Bedeutung der Einwilligung bei Delikten gegen Leib und Leben unter Berücksichtigung der Entwürfe zu einem neuen deutschen, schweizerischen und italienischen Strafgesetzbuch. Heidelberg. Diss. Jahr? Masch.

Holdheim, Die Tötung auf Verlangen nach § 216 St.G.B. Greifswald. Diss. 1918.

Holer, Die Einwilligung des Verletzten. Zürich. Diss. 1906.

Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. 3 Bde. 1871/77.

Honig, Die Einwilligung des Verletzten 1919.

Horn, Zur Lehre der Tötung auf Verlangen. Münster Diss. 1910.

Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216 St.G.B. Erlangen Diss. 1896.

Joski, Die Einwilligung des Verletzten. Erlangen Diss. 1899.

Kahle, Der Versuch der Tötung auf Verlangen. Rostock, Diss. 1908.

Keßler, Die Einwilligung des Verletzten. Berlin u. Leipzig 1884.

Keßler, Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten. In G. S. Bd. 38 S. 561/78.

Kiehl, Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Strafrechte, in G. A. Bd. 54 S. 357/94.

Klee, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden, in G. A. Bd. 48 S. 174 ff. und Bd. 50 S. 364 ff.

Klenner, Die Tötung auf Verlangen im deutschen und ausländischen Strafrecht, sowie de lege ferenda. 1925.

Kößler, Selbstmord und Tötung auf Verlangen. 1925.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1. 1890.

Köstlin, System des deutschen Strafrechts. 1855.

Kronecker, Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren, in G. S. Bd. 35 S. 220 ff.

Lewald, Ist die Versuchshandlung des § 216 St.G.B. als Körperverletzung strafbar? 1914.
v. Liszt, Eduard, Die vorsätzliche Tötung 1919.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.
v. Lilienthal, Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht. 4. Aufl. 1916.
Mannheimer, Die Einwilligung in eine Körperverletzung. Heidelberger Diss. 1911.
Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1923.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.
Metz, Zur Frage der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht. Rostock Diss. 1913.
Meyer, Ernst, Die Rechtswirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung. Rostock Diss. 1913.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, in G. S. Bd. 89 S. 72ff.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. 19, 27.
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 14. Aufl. 1901.
Ortmann, Zur Lehre von der Körperletzung. In G. S. Bd. 35 S. 374ff.
Ortmann, Über Verletzung, insbesondere Tötung eines Einwilligenden, in G. A. Bd. 25 S. 104/19.
Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten. Straßburg Diss. 1897.
Roedenbeck, Volenti non fit iniuria nach der Schrift Keßlers, in G. S. Bd. 37 S. 124/51.
R. G. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen: Bd. 2, S. 442f., Bd. 3 S. 33; Bd. 6, S. 63f.; Bd. 16, S. 364; Bd. 24, S. 319f.; Bd. 25, S. 375ff; Bd. 28, S. 200ff.; Bd. 45, S. 247; Bd. 53, S. 295; Bd. 55, S. 188; Bd. 59, S. 8.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.
Sack, Die Tötung auf Verlangen des Getöteten, in ihrer strafrechtlichen und zivilrechtlichen Bedeutung. Leipzig Diss. 1914.
Schuh, Die Einwilligung des Verletzten. Freiburg. Diss. 1924 Masch.
Schwarz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1914.
Seydel, Die Einwilligung des Verletzten. Rostock 1907.
Stern, Die Strafbarkeit des Versuchs im Falle des § 216 St.G.B. Breslau Diss. 1912.

Träger, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, in G. S. Bd. 94 S. 112 ff. 1926.
Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz 1893.
Wachenfeld, Die Tötungsdelikte 1909.
Wachenfeld, Strafrecht in der Encyklopädie von v. Holtzdendorff-Kohler, Bd. 2, 1904.
Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuches begangene Körperverletzung. Rostock. Diss. 1900.
Windmüller, Tötung auf Verlangen. Würzburg. Diss. 1920 Masch.
v. Wächter, Volenti non fit inineia. G. S. Bd. 20 S. 1 ff.
Zittelmann, Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Arch. f. d. ziv. Praxis Bd. 99.
Z.St.W. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Entwürfe.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch 1909 nebst Bedründung.
Gegenentwurf zum Vorentwurf und Begründuna. 1911.
Entwurf der Strafrechtskommission. 1913.
Entwurf von 1919.
Denkschrift zum Entwurf von 1919.
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. 1925.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. 1927.
Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen des amtlichen Entwurfs eines Allg. Dtsch. Strafgesetzbuchs herausgegeben von Aschrott und Kohlrausch 1926.

Einleitung.

§ 1.

Das Problem und die Bedeutung des volenti non fit iniuria im römischen Recht.

„Nulla iniuria est, quae in volentem fiat.“ [1]) Diese seit altersher der Strafrechtswissenschaft bekannte Quellenstelle, aus der die Rechtsparömie „Volenti non fit inuria“ wurde, ist seit über 17 Jahrhunderten der Gegenstand lebhaftester Erörterungen. Eine fast unübersehbare Literatur, die sich mit der Lösung des Problems der Einwilligung befaßte, hat sich um den Streitgegenstand gebildet, Ansicht stand und steht gegen Ansicht. Keine Theorie wurde vertreten, ohne daß sie nicht sofort auf den entschiedensten Widerspruch gestoßen wäre. Bei der Leidenschaft, mit der die Meinungskämpfe, die ihren Höhepunkt bei der Frage nach der Einwilligung in die Körperverletzung erreichten, ausgefochten werden, kann man sich des Gefühls nicht erwehren, daß manche Schriftsteller von vorgefaßten Meinungen ausgehen, daß es ihnen nicht so sehr auf die juristische Begründung ankommt, die sie zu ihrem Ergebnis führt, sondern auf das Ergebnis selber, das sie um jeden Preis durchzuführen sich bestreben und das ihren ethischen und philosophischen Anschauungen entspringt. So geschieht es, daß sie ihre Meinung über juristische Konstruktionsbrücken in das Gesetz hineinzupressen versuchen und dann meinen, ihre Ansicht sei die einzig richtige und nur sie allein entspreche dem Willen des Gesetzgebers.

Und doch müßte dieser Wille, wenn auch vielleicht nicht bei der Frage nach der Einwilligung überhaupt — denn hierüber schweigt das Gesetz vollkommen —, so doch bei der Frage nach der Einwilligung in die Körperverletzung, wenn auch nicht ganz unzweideutig, aus dem Zusammenhang der Gesetzesbestimmungen zu erkennen sein. Ob nun dieser Wille dem Rechtsgefühl des Volkes und der Wissenschaft und den Anschauungen des einzelnen entspricht, das ist eine andere Frage, die, so scheint es mir, den Anlaß gegeben haben mag, daß eine Einigung der Ansichten nicht erzielt werden konnte.

Für den Augenblick ist deshalb nicht daran zu denken, daß eine Ansicht einmal die herrschende wird. So wird die Frage, „wie sie

[1]) Ulpian in l. 1 § 5 Dig. de ini. 47,10.

heute bestritten ist, stets bestritten bleiben“ [1]), solange nicht der Gesetzgeber eine der Billigkeit entsprechende und vor allen Dingen eine klare, unzweideutige Regelung über die Einwilligung trifft.

Doch daran ist festzuhalten, daß vorgefaßte Meinungen uns zu einer Lösung nie führen werden. Eine genaue Auslegung des Gesetzes ohne Rücksicht auf das, was unseres Erachtens sein könnte oder müßte, kann uns allein die Lösung des Problems sichern. Und somit haben wir uns zu der Ansicht bekannt, daß wir den Weg der materiellen Beweisführung = Zuwendung zum geltenden Recht ohne den Umweg über dogmatische Definitionen [2]) einschlagen werden.

Daß auch die historische Beweisführung uns keineswegs zum Ziele führt und keinerlei Anhaltspunkte für das geltende Recht geben kann, muß, so interessant auch diese Aufgabe sein mag, nur einleitungsweise kurz bewiesen werden.

Die historische Beweisführung geht aus von der Ulpianschen Rechtsparömie. Sie sucht den Beweis zu erbringen, daß der Einwilligung schon in Rom volle Bedeutung zuzuerkennen sei und zieht dann ihre Schlüsse auf das heutige Recht.

Ulpian erwähnt den Satz „quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat“ bei dem Verkauf eines Hausſohnes in die Sklaverei mit dessen Einwilligung und gibt dem Vater, nicht aber dem Sohne eine actio iniuriarum, weil es keine iniuria gegen einen Einwilligenden gebe [3]).

Schon bei der Auslegung des Begriffs iniuria setzt der Streit ein. Liszt [4]), Berner [5]), Pernice [6]), Hartmann [7]), Dohna [8]) beschränken den Begriff nur auf Ehrenkränkungen, indem sie aus dem Vorsatz zu der Stelle „usque adeo pertingit iniuria pudorem nostrum“ entnehmen, daß unter iniuria nur eine Ehrverletzung zu verstehen sei. Dernburg [9]), von Wächter [10]), Jeſelſohn [11]), Breithaupt [12]) und Josti [13]),

---

[1]) Gerland in VD.A.T. II. S. 502.

[2]) Die dogmatische Beweisführung versucht den Umfang und den Inhalt der Einwilligung aus den begrifflichen Merkmalen der Einwilligung abzuleiten und das so gefundene System in das geltende Recht einzupassen. Deshalb wird auch hier davon Abstand genommen werden müssen, eine Begriffsbestimmung der Einwilligung zu geben und auf die Voraussetzungen der Einwilligung einzugehen. Beides wird kurz nur soweit Berücksichtigung finden, als es für die Klarstellung einiger Ansichten unbedingt erforderlich ist.

[3]) Die Stelle lautet genau: „usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.“

[4]) S. 151, [5]) Lb. S. 131, [6]) Labeo B. II S. 31, [7]) a. a. O. S. 699. [8]) Pandekten Bd. 2 S. 365, [9]) S. 145, [10]) G. S. Bd. 20 S. 4, [11]) S. 14, [12]) S. 6, [13]) S. 2.

legen dem Ausdruck eine allgemeine Bedeutung bei. Das Wort iniuria sei hier „zweifellos" ganz allgemein gebraucht und stelle (so Dernburg a. a. O.) jede vorsätzliche und widerrechtliche Äußerung der Mißachtung der Persönlichkeit dar, denn:

I. Die angeführte Stelle spreche ja überhaupt nicht von einer eigenlichen Ehrenkränkung,

II. die actio iniuriarum habe bei allen Handlungen, welche durch das Wort iniuria überhaupt umfaßt wurden, Anwendung gefunden.[1]) und außerdem bestätige

III. Ulpian diese Ansicht [2]), der in L. I. pr. D. h. h. erklärt, (aber nicht im Zusammenhang mit der vorerwähnten Stelle!!) iniuria est, quod non jure fiat; omne enim, quod non jure fit, iniuria fieri dicitur."

IV. Man müsse ferner aber auch die angeführte Stelle im Zusammenhang mit anderen betrachten, um klar zu ersehen, daß Ulpian nicht einen Einzelfall regeln wollte, sondern ein allgemeines Prinzip ausgesprochen habe.[3])

Selbst Hartmann, der sich für eine ganz beschränkte Auslegung des Wortes iniuria ausgesprochen hat, (s. o.) meint es sei durchaus nicht bei der Beschränkung des volenti non fit iniuria nur auf Ehrverletzungen geblieben.[4])

Zum Beweise der weitergehenden Ansicht wird der Fall der Tötung eines Einwilligenden herangezogen. Die Quellen berichten nur über den Fall der straflosen Tötung des Herrn durch den Sklaven auf Verlangen des Herrn (Breithaupt S. 8. Luden S. 442 und auch Joski S. 2. scheint dieser Beweis durchaus durchschlagebend zu sein). Aus der Straflosigkeit des Sklaven bei Tötung des Herrn mit dessen Einwilligung kann aber nichts geschlossen werden. Hartmannn S. 701 sagt völlig zutreffend, der Sklave sei ja in der Hand des römischen Bürgers nichts weiter als ein Werkzeug; er nehme deshalb überhaupt keine rechtliche Handlung vor, der Herr bediene sich nur seiner um Selbstmord zu begehen. Die Erklärung für die allgemeine Bedeutung des volenti non fit iniuria sieht Hartmann S. 699 und 705 nun darin, daß die meisten Delikte in Rom Privatdelikte waren und es bei vorliegender Einwilligung des Verletzten nach der subjektiven Theorie des römischen Rechts am erforderlichen dolus fehle. (siehe auch Jeselsohn S. 15, Breithaupt S. 6). Hiermit ist jedoch keineswegs bewiesen, daß auch bei denjenigen Delikten, die auch im

[1]) beide Einwände bei Jeselsohn, [2]) Breithaupt S. 6.
[3]) Joski S. 2. [4]) Hartmann S. 699.

römischen Recht einen öffentlich-rechtlichen Charakter aufweisen wie die Tötung und Körperverletzung, die Einwilligung von Einfluß gewesen ist!

Die ausnahmsweise Bestrafung des Soldaten beim Selbstmordversuch und bei der Selbstverstümmelung und die Bestrafung der Kastration lasse ferner ein argumentum e contrario auf die allgemeine Gültigkeit des volenti non fit iniuria zu. Die Bestrafung des Soldaten ergebe sich aus seiner Sonderstellung, die eine schwerere Bestrafung rechtfertige, da bei ihm die Freiheit des Einzelwillens hinter den Interessen der Gesamtheit hintanstehen müsse (Joski S. 3). Im Falle der Kastration aber ergebe sich die Bestrafung aus dem Wesen des Delikts selbst, das gegen Religion und Rechtsordnung zugleich verstoße und ein speziell unsittliches Delikt sei (Hartmann S. 702 und auch Ullmann in G.S. 37, 33).

Zum letzten Beweis der Bedeutung der Einwilligung wird die Digestenstelle 16 § 9 D quae in fraudem creditorum 42,8 angeführt, in der der Satz „nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt" auf die Bestandteile der Einwilligung hinweist[1]).

Wir sind nicht so optimistisch, mit Joski, Jeselsohn, Dernburg und von Wächter mit aller Bestimmtheit anzunehmen, daß das volenti non fit iniuria in Rom eine allgemeine Bedeutung gehabt hat. Vielmehr sagen wir mit Breithaupt, der doch gewiß sonst für die volle Bedeutung des Satzes eingetreten ist, Pernice, Lewald, v. Liszt-Schmidt u. a.: eine positive Entscheidung unseres Satzes für alle Anwendungsfälle in den römischen Rechtsquellen gibt es nicht, ein allgemein gültiges Prinzip ist daher aus ihnen nicht zu entnehmen.

„Weder für die volle Geltung, noch für die gänzliche Verwerfung des volenti non fit iniuria darf das römische Recht in Anspruch genommen werden" (Köstlin, System Bd. I S. 105). Viel weniger noch ist es angebracht, aus der Geschichte des Satzes Schlüsse zu ziehen auf die Bedeutung der Einwilligung für das geltende Recht.

Die historische Beweisführung kann, da sie auf überaus schwacher Grundlage aufgebaut ist, für die Lösung unserer Frage nach der Einwilligung in die Körperverletzung nichts beitragen.

Somit bleibt uns nur der Weg übrig, an Hand des geltenden Rechts die Lösung des Problems zu versuchen.

---

[1]) Der Inhalt der Digestenstelle ist der: ein mit Einwilligung der Konkursgläubiger vorgenommenes Rechtsgeschäft ist niemals in fraudem creditorum geschehen.

1. Abschnitt.

Die Einwilligung in die Körperletzung nach dem geltenden Recht.

§ 2.

Negative Ansicht, insbesondere die des Reichsgerichts.

Drei verschiedene Theorien streiten heute über die Frage der Rechtswirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung, und jede der Theorien leitet ihre Gültigkeit aus dem geltenden Recht her.

Die erste Gruppe spricht der Einwilligung in die Körperverletzung jede Bedeutung ab, will also jede mit Einwilligung begangene Körperverletzung strafen. Diese Ansicht vertreten

insbesondere das R.G. in den Entscheidungen Bd. II S. 442 f., Bd. VI S. 61 ff., Bd. XXIV S. 369 f., Bd. XXIIX S. 200 ff.;

im Prinzip Breithaupt S. 64; Hälschner im Gerichtssaal, Bd. 35 S. 179, Lb. I S. 471, Lb. II S. 91;

Hepp, Theorie der Zurechnung S. 59 f.;

Klenner S. 57;

v. Liszt-Schmidt 24. Aufl. 1922 § 87 III, anders in der neuesten 25. Aufl. 1927!

Oppenhof-Delius § 223 Nr. 2;

Rüdorff zu § 223.

Trotz der Entscheidungen des R.G. in den Bänden 25,375 ff. und 38,34 ff., in denen es bei ärztlichen operativen Eingriffen der Einwilligung volle Bedeutung beilegt, scheint es auf seinem in den Entscheidungen 2,442 f.; 6,61; 24,369 f. und 28,200 ff. niedergelegten Standpunkt von der Irrelevanz jeder Einwilligung in die Körperverletzung zu beharren[1]). Denn in Bd. 25 S. 388 erklärt es ausdrücklich, daß man nicht mit Erfolg geltend machen könne, daß durch diese Entscheidung (Rechtsgrund für die Strafloſigkeit der mit Einwilligung ausgeführten Operation sei einzig und allein die Einwilligung) ein Widerspruch mit der bisherigen Rechtsprechung des R.G. herbeigeführt werde. Nach diesen nicht gerade klaren Ausführungen d. R.G. scheint es nach wie vor den Standpunkt zu vertreten, daß die Einwilligung in eine Körperverletzung die Rechtswidrigkeit der Handlung nie auszuschließen vermag.

[1]) Beck 204 ff; Kiehl a. a. O. S. 359 Gerland V.D. A. T. II S. 499; Klenner S. 45.

Ein Eingehen auf die Rechtswirksamkeit der Einwilligung im allgemeinen lehnt es in dieser Entscheidung ab: keiner Erörterung bedürfe es an dieser Stelle, ob das Delikt der Körperverletzung schlechthin bzw. der leichten oder einfachen Körperverletzung durch die Einwilligung des Verletzten aufgehoben werde, und welche Bedeutung in dieser Beziehung der bisherigen Rechtsprechung des R.G. beiwohne (S. 381).

I.

Das R. G. macht als ersten Grund seiner Entscheidungsgründe in Bd. 2 S. 442 geltend, daß sich aus den Motiven zu § 216 ergebe, daß der Gesetzgeber das Leben als ein unveräußerliches Gut anerkenne. Es finde, so folgert es, hierin die Rechtsanschauung ihre Bestätigung, daß auch die Gesundheit zu den Gütern gehöre, deren Erhaltung der Staat wegen ihres Wertes für die Gesamtheit fordere, auf die also nicht verzichtet werden könne.

a) Das R. G. unterscheidet hiernach zwischen verzichtbaren veräußerlichen und nicht verzichtbaren unveräußerlichen Gütern.

Die Theorie, die auf die Unterscheidung der Rechtsgüter in veräußerliche und unveräußerliche aufbaut, führt zurück auf Matthäus' Schrift „de criminibus" und ist um die Mitte und Ende des 19. Jahrhundert von namhaften Schriftstellern verfochten. Ihre Hauptvertreter sind Berner und Hälschner.

Zu dieser Einteilung der Rechtsgüter gelangte man bei der Frage nach dem Grunde der Rechtswirksamkeit der Einwilligung überhaupt.

1. Die einen (Breithaupt S. 22) sehen den Rechtsgrund der Relevanz der Einwilligung in der Übertragung des in Frage stehenden Rechts. Die Widerlegung dieser und auch der folgenden Ansichten,[1]) auf die der Vollständigkeit wegen kurz eingegangen werden muß, hat schon Keßler S. 19 ff. und Guderian S. 45—53 eingehend gebracht. Auf ihre Ausführungen werde ich mich im folgenden im wesentlichen stützen.

Durch die Einwilligung wird kein Recht übertragen. Willige ich in eine Freiheitsberaubung ein, so übertrage ich nicht und kann auch garnicht mein Recht auf Freiheit übertragen. (Guderian S. 51). — Ebenso beweist Keßler an seinem Beispiel, an dem er seine ganze Lehre von der Einwilligung aufbaut, die Unzulässigkeit der Annahme

[1]) Daß diese Ansichten grundsätzlich zur Lösung des Problems nicht beitragen können, da sie nicht auf dem positiven Recht aufbauen, habe ich schon im Eingang der Einleitung hervorgehoben.

der Übertragung eines Rechts: A gestattet dem B, auf eine dem A gehörige Sache zu schießen, indem er wettet, B werde nicht treffen. — Wird durch die Einwilligung dem B das Recht des A an der Sache, das Eigentum übertragen?

2. Andere (Köstlin: System S. 98 f., Schütze L. B. S. 103 Nr. 9, Ortmann in G. S. 25, 104 ff.) wollen den Rechtsgrund der Wirksamkeit der Einwilligung in dem Verzicht auf ein Recht sehen.

Verzichtet im Keßlerschen Beispiel A auf sein Eigentum? — Außerdem: ein Verzicht ist unwiderruflich, während die Einwilligung, wie allgemein anerkannt wird, jederzeit wirksam zurückgenommen werden kann.

3. Stübel[1]) und Heffter[2]) sehen in der Einwilligung eine Dereliktion des fraglichen Rechts.

Gibt A denn sein Eigentum an der Sache auf? Nein, A begibt sich in unserem Beispiel nicht jedem Dritten — und dies gehört zur Dereliktion! —, sondern einzig und allein dem B. gegenüber unter der Voraussetzung eines bestimmten Verhaltens des B eines ihm zustehenden Rechts. Zerstört nach erteilter Einwilligung irgend ein Dritter die Sache, so ist er zweifellos wegen Sachbeschädigung strafbar; folglich kann A sein Recht nicht aufgegeben haben.

Nimmt man dagegen an (siehe Keßler S. 21), das Recht, das A aufgibt, ist nicht das Eigentum, sondern nur das Recht, die Sache unbeschädigt zu erhalten, so ist darauf zu erwidern, daß die Existenz eines solchen „Rechts" mehr als zweifelhaft ist. Außerdem begibt sich A auch dieses Rechts nicht. Ein Dritter würde ebenso, wie oben, wegen Zerstörung oder Beschädigung der Sache nach § 303 strafbar sein.

4. durch die Einwilligung wird auch nicht auf Strafe entsagt. Dies Recht hat nur der Staat, nicht der Einzelne.

Glaubten nun die eben angeführten Theorien die Frage, warum die Einwilligung die Rechtswidrigkeit aufhebe, gelöst zu haben, so waren sie sich doch nicht einig über das Wann.

So gelangte man zur Unterscheidung der Rechtsgüter in veräußerliche und unveräußerliche.[3]) Auf die veräußerlichen Rechtsgüter könne rechtswirksam verzichtet werden, über die unveräußerlichen stehe dem Menschen kein Verfügungsrecht zu, die Einwilligung bei den veräußerlichen Rechtsgütern sei daher strafausschließend, bei den unveräußerlichen nicht.

[1]) Neues Arch. des Kriminalr. Bd. 9 S. 558.
[2]) Lehrb. des gem. deutsch. Strafr. 1833 S. 53.
[3]) Hälschner System I S. 231—36, Berner L. B. S. 138—42.

Unveräußerlich seien die Rechte, die sich als Wesensbestimmtheiten der menschlichen Persönlichkeit oder als Urrechte, die dem Menschen angeboren seien, darstellten, weil es unsittlich sei, sich ihrer zu entäußern. Innerhalb der Urrechte unterschied man wieder zwischen allgemeinem Urrecht und Haupturrechten. Nach Stübel[1]) ist allgemeines Urrecht „das Recht sich als Person in der Welt der Erscheinungen geltend zu machen", also das Recht der Persönlichkeit. Diesem subsumiert er die Haupturrechte auf die persönliche Freiheit und die persönliche Gleichheit.

Zu den unveräußerlichen Rechten zählt Hälschner das Recht auf das Leben, die körperliche Integrität, Freiheit, Ehre. Andere widersprechen der Hinzurechnung von Freiheit und Ehre. Veräußerlich sind nach Hälschner allein die Vermögensrechte. Nur eine Ausnahme läßt er zu, nämlich den für Gesundheit und Leben erforderlichen ärztlichen Eingriff. Ein Widerspruch zu seiner Grundanschauung sei dies nicht, meint er. Der vom Arzte zum Zwecke der Heilung verübte Eingriff in die Integrität des Körpers sei bei Einwilligung des Patienten deshalb berechtigt und daher straflos, „weil es für den Kranken sittliche Pflicht sei, zu leben."

Berner will die Anwendbarkeit des volenti non fit iniuria nur auf reine Privatrechte beschränkt wissen. Aber auch von diesen sollen unverzichtbar sein diejenigen, „welche eine Bedingung der sittlichen Natur des Menschen bilden", z. B. die persönliche Freiheit, die veräußerlich sei.

Was man sich jedoch unter dem allgemeinen Begriff „Bedingung der sittlichen Natur des Menschen" zu denken habe, sagt er mit keinem Wort.

Die inhaltliche Abgrenzung der verschiedenen Rechtsgüter entbehrt, sofern eine solche überhaupt von den Vertretern vorgenommen wurde, jeder wissenschaftlichen Begründung.[2]) Deshalb konnte eine Einigung über den Umfang der Rechtsgüter nicht erzielt werden, sodaß im einzelnen immer noch Streit herrscht über die Frage: was für ein Rechtsgut liegt vor?

Die Unzulänglichkeit dieser Unterscheidung der Rechtsgüter, die die Uneinigkeit ihrer Vertreter an sich schon zur Genüge beweist, geht deutlich aus dem von v. Bar angeführten Beispiele hervor[3]): die Ehre ist zweifellos (s. o.) unveräußerlich. Doch gerade für die Beleidigung gilt unbestritten der Satz volenti non fit iniuria. Andererseits

[1]) a. a. O. S. 555.
[2]) Siehe dazu noch Metz S. 5 [3]) Die Schuld nach dem Strafgesetze Bd. 3 S. 50.

handelt es sich beim Wucher um veräußerliche Rechte, und trotzdem ist der Wucher strafbar, ja, die Einwilligung ist sogar zum Tatbestandsmerkmal erhoben!

Gegen die Unterscheidung in veräußerliche und unveräußerliche Rechte wendet sich vor allem noch Ortmann in G.S. Bd. 35 S. 77—78: „Zu den unveräußerlichen Rechten die Wesensbestimmtheiten der menschlichen Persönlichkeit seien, gehören nach Hälschner u. a. auch die Gesundheit. Allein, als Wesensbestimmtheiten der Person stellen sich nur solche Güter dar, durch deren Existenz das Dasein und durch deren Verlust das Erlöschen der menschlichen Persönlichkeit bedingt ist. Nach deutschem Recht sei Wesensbestimmtheit der Person nur das Leben, dagegen nicht die Gesundheit, denn jeder Mensch charakterisiere sich als eine Person, einerlei, ob sie gesund sei oder nicht."

Die Theorie, die zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechtsgütern unterscheidet, ist nach allem abzulehnen und auch in der neuesten Literatur als nicht mehr vertreten zu betrachten.

Wir sahen, daß auch das Reichsgericht die hier bekämpfte und zu keinem Ergebnis führende Unterscheidung in veräußerliche und unveräußerliche Rechtsgüter unternahm.

b) Geht schon das Reichsgericht von falschen Gesichtspunkten aus, so ist auch seine Folgerung: aus der Unveräußerlichkeit des Rechtsgutes des Lebens finde die Rechtsanschauung ihre Bestätigung, daß auch die Gesundheit zu den unverzichtbaren Gütern gehöre, ebenso anfechtbar.[1])

Denn die Motive zu § 216 S. 70 sagen mehr als das Reichsgericht anführt. Sie lauten wörtlich: „Es entspricht dem Rechtsgefühl, daß die Tötung eines Einwilligenden nicht mit derselben Strafe belegt werde, wie die gegen den Willen des Getöteten erfolgte Tötung. Aber das unbestrittene Sittengesetz, daß das Leben ein nicht veräußerliches Gut sei, lasse weder Strafloſigkeit noch eine niedrig bemessene Strafe zu."

Hieraus folgert nun Kronecker a. a. O. gerade das Gegenteil wie das Reichsgericht: wenn es dem Rechtsgefühl widerspreche, die Tötung, also die Entziehung des höchsten Rechtsgutes, falls sie gegen einen Einwilligenden verübt ist, mit derselben Strafe zu belegen wie die des Nichteinwilligenden, so müsse dies von der Entziehung eines geringeren Rechtsguts umsomehr gelten. Dieser Folgerung Kroneckers

[1]) Meyer S. 23 N. 22; Stern S. 53—54; Kronecker in G.S. 35, 220—21; Hartmann bei Grünhut 27, 751; Holdheim S. 43; Beck S. 218. Für die Ansicht des Reichsgerichts Klenner S. 46 Wiebeck S. 37.

ist bis hierhin ohne weiteres beizutreten. Denn auch die Verhandlungen im Reichstag S. 657 ff. bei Beratung des § 216 und besonders die Ausführungen des Abgeordneten Lasker und die Entgegnung von v. Schwarze sprechen für eine strafmildernde Behandlung der Körperverletzung mit Einwilligung.

Lasker (stenogr. Ber. S. 659 Spalte links), der sich überhaupt gegen den § 216 aussprach, weil für ihn das Moment der Einwilligung ein nicht hinreichender Grund zur Einführung eines neuen Paragraphen war, führte aus, es sei ebenso gerechtfertigt, eine gleiche Bestimmung wie für die Tötung auf Verlangen auch für die Körperverletzung einzuführen, denn Selbstverstümmelung sei gestattet. Da nun aber ein solcher Paragraph nicht vorhanden ist, so folgert Breithaupt: der Gesetzgeber hat zwischen Körperverletzung im allgemeinen und Körperverletzung mit Einwilligung nicht unterschieden, er *wollte* auch eine Unterscheidung, wie das aus der Rede Laskers hervorgeht, nicht machen, deshalb sei Körperverletzung mit Einwilligung strafbar, trotzdem die Selbstverstümmelung gestattet sei (S. 58—59). Abgesehen davon, daß man gegen Breithaupt sagen könnte, Lasker hat ja selber für eine *mildere* Behandlung der Körperverletzung mit Einwilligung plädiert, sagt er doch wörtlich, ein solcher Paragraph (der die Straflosigkeit der Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten festsetzte) wäre auch gerechtfertigt, so weist auch außerdem die Rede des Abgeordneten v. Schwarze darauf hin, daß der Körperverletzung mit Einwilligung wenigstens strafmildernde Kraft zuzuerkennen sei. V. Schwarze entgegnete auf Laskers Rede, es sei kein Bedürfnis gewesen, eine gleiche Bestimmung wie für die Tötung auch für die Körperverletzung zu treffen, da man im § 223 kein Minimum der Gefängnisstrafe und bei der schweren Körperverletzung im § 221 zwar Zuchthaus androhe, aber ja im § 228 mildernde Umstände nachgelassen seien.

Daß die Einwilligung wenigstens *strafmildernde* Kraft besitzt, geht also sowohl aus den Motiven wie aus den Verhandlungen im Reichstag hervor. Sogar Stern S. 55 gibt dies unumwunden zu.

Da es nun aber kein Milderungsgesetz analog dem § 216 gibt, sollte um deswillen die Einwilligung überhaupt wirkungslos sein?[1]) Sollte es da in das Ermessen des Richters gestellt werden, ob er die Einwilligung bei der Strafzumessung berücksichtigen will, ob er sie zu den mildernden Umständen nach § 228 rechnet? Wenn er nun statt

[1]) So das R.G. Bd. 6 S. 63: noch läßt sich bei dem Mangel einer etwa dem § 216 nachgebildeten Vorschrift für Körperverletzungen aus der Einwilligung das Nichtvorhandensein einer strafbaren Körperverletzung begründen.

dessen die Höchststrafe nach § 224 verhängt? Und für den Fall des § 225 sind keine mildernden Umstände nachgelassen! Da ist es doch wohl ebenso gut gerechtfertigt, mit Kronecker anzunehmen, daß die Körperverletzung mit Einwilligung in keinem Falle bestraft werden soll. Aus den Motiven aber die gänzliche Bedeutungslosigkeit der Einwilligung herleiten zu wollen, geht nicht an.

β) Man entgegnet weiter der verneinenden Ansicht, insbesondere dem R.G., die Motive seien ein sehr unvollkommenes Interpretationsmittel, um zur Erkenntnis des Gesetzes zu gelangen (Holtheim-Hartmann a. a. O.). Andererseits wird dem R.G. der Vorwurf gemacht, daß es wiederum den Boden des Rechts verlasse und die Entscheidung aus moralisch-philosophischen Gründen suche (Hartmann a. a. O.). Breithaupt ist zu entgegnen, wenn die Gegengründe noch nicht ausschlaggebend sein sollten, daß er den Willen des Gesetzgebers nie aus den Verhandlungen des Reichstages gewinnen wird, denen allerhöchstens die Rolle eines Indiziums zuerkannt werden kann. Selbständige Beweiskraft kommt ihnen nicht zu.

II. Das zweite und anscheinend das Hauptargument des R.G. soll darin bestehen, daß die Einwilligung unter den Gründen, welche die Strafe ausschließen (soll wohl heißen Rechtswidrigkeit!) nicht vorkomme. Hierauf ist zu erwidern[1]):

a) daß der allgemeine Teil des St. G.B. nichts weniger als eine Kodifikation der sämtlichen Grundsätze des Strafrechts sein will. (Keßler a. a. O.) Auch nach Bestimmungen über Züchtungsrecht, Disziplinarbefugnisse, erlaubte Selbsthilfe, zivilen Notstand wird man vergeblich suchen (v. Liszt S. 155—56 Keßler S. 9 Meyer S. 18.).

Und doch sind dies Rechtfertigungsgründe, an deren Bestehen niemand zweifelt! Es geht daher aus der Nichtberücksichtigung der Einwilligung unter den Gründen, die die Rechtswidrigkeit ausschließen, noch keineswegs die Strafbarkeit der Körperverletzung mit Einwilligung hervor.

Jedoch sind Beispiele wie sie bei Keßler S. 9, Kronecker in G.S. 35 220 f. und Zimmermann a. a. O. angeführt werden, durchaus nicht geeignet, um, wie man will, die Ansicht des R.G. ad absurdum zu führen. Eins dieser Beispiele sei hier angeführt. Keßler und Kronecker bringen als Beispiel den Scharfrichter, der, wenn er ein Todesurteil vollstreckt, nach den Ausführungen des R.G. wegen Mordes

[1]) Gerland V.D. A.T. Bd. 2 S. 500; Beck S. 209 ff.; Kessler S. 9; Hartmann a. a. O. S. 754 Meyer S. 17—18 Kahle S. 36 Holdheim S. 48 Ortmann G.S. 35, 318 Zimmermann in G.A. 29, 442 dagegen Klenner S. 47.

bestraft werden müße, weil die Amtspflicht im Gesetzbuch als Rechtfertigungsgrund nicht genannt wird.

Bei diesem Beispiel wird übersehen, daß Voraussetzung einer jeden strafbaren Handlung eine Rechtsverletzung ist. Der Mörder aber hat dem Staat gegenüber, dessen Ausführungorgan der Scharfrichter ist, sein Leben verwirkt, sodaß von einer Rechtsverletzung nicht mehr gesprochen werden kann. (siehe zu diesem Beispiel Beling in Z.St.W. Bd. 18 S. 286—87).

b) Zuzugeben ist, das der zweite Einwand, den man gegen das vorerwähnte Argument des R.G. geltend macht, nicht durchschlagend ist. Man sagt, eine einheitliche Regelung der Einwilligung in einem Paragraphen des A.T. des Strafgesetzb. könne nicht geschehen, sie sei sogar unzulässig (Hartmann a.a.O. S. 157), da es eine Anzahl von Verbrechen gebe, bei denen die Einwilligung die Strafe nicht ausschließt (z. B. Verführung eines Mädchens unter 14 Jahren), ja bei manchen sei die Einwilligung sogar zum Tatbestandsmerkmal (Wucher) erhoben. (Ortmann a.a.O.). Dagegen bemerkt Klenner S. 47 zutreffend, daß es dem Gesetzgeber ja ein Leichtes gewesen wäre, in den Text des Paragraphen über die Einwilligung die Worte einzufügen: „abgesehen von dem sich aus dem Gesetz ergebenden Fällen."

c) Schließlich könnte man das R.G. mit Hartmann S. 755 fragen, warum es sich auf eine solche Wortinterpretation berufe. Denn es finde sich doch nirgends im Gesetz eine positive Strafbestimmung über die Einwilligung und nach § 2 gelte doch unbestritten der Satz; nulla poena sine lege.

3) Das letzte Argument des Reichsgerichts besteht in einem Analogieschluß aus § 216: die Tatsache, daß die Einwilligung nur bei der Tötung berücksichtigt sei, spreche dafür, daß ihr überall sonst eine rechtliche Wirksamkeit nicht beigelegt werden solle.

§ 216 regelt den Fall der Tötung auf das ausdrücklich und ernstliche Verlangen des Getöteten.

Über die Zulässigkeit eines Analogieschlusses kann erst dann argumentiert werden, wenn feststeht, daß das Verlangen nach § 216 wenigstens die Einwilligung mit umschließt oder, daß ein begrifflicher Unterschied zwischen beiden nicht besteht.

Das Verlangen ist in der Tat mit Einwilligung nicht zu identifizieren[2])

[1]) Frank III vor § 51.

[2]) So v. Liszt § 85 Abs. 2 Olshausen § 216 N. 2 Oppenhoff Delius zu § 216 Keßler S. 81 ff. Breithaupt S. 50 Frank § 216 I Schwarz zu § 216 Wachenfeld S. 308 Holdheim S. 208 Sack S. 1 ff.

Einwilligung ist daß Eingehen auf den Willen eines Anderen, es ist „die Erklärung der Übereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines Anderen." (ohne auf den Streit über den Begriff der Einwilligung einzugehen, gebe ich diese kurze, präzise Definition Keßlers S. 26, die zwar nicht unangefochten geblieben ist siehe z. B. die Einwendung von Holer, jedoch wohl immer noch als die herrschende zu bezeichnen ist). Der Täter regt bei der Einwilligung die Kausalkette an, er ist hinsichtlich der Erreichung der Übereinstimmung seines Willens mit dem des Anderen selbst aktiv beteiligt, der Andere läßt nur zu, verhält sich nur passiv zu dem Willensakte. Beim Verlangen dagegen ist der Verlangende selbst der aktive Teil, bei ihm liegt kein Eingehen auf einen fremden schon vorhandenea Willen vor, sondern es wird dieser fremde Wille durch den zu Tötenden erst erzeugt. Bei der Einwilligung erklärt der Täter „ich will dich töten," worauf der Andere sein Einverständnis erklärt; beim Verlangen erklärt der Verlangende „töte mich," worauf dann auch wieder eine Willensübereinstimmung des Täters mit dem Willen des Verlangenden erfolgt. Die Willensübereinstimmung erfolgt also in beiden Fällen. Deshalb ist auch im Verlangen die Einwilligung mit enthalten, aber es ist nicht die Einwilligung selbst, es ist der weitere Begriff.

Es will somit das Gesetz, wenn es in § 216 von Verlangen spricht, erklären, daß ein nur passives Verhalten des Verlangenden zum Tatbestande des § 216 nicht genügt. Es verlangt eine „Steigerung, ein Mehr, der Getötete soll selbst als wesentlicher Willensfaktor in Betracht kommen", (Holdheim S. 10, Breithaupt S. 15), er muß durch eine aktive Betätigung den Andern zur Tötung bestimmt haben (Sack S. 1). Daß in § 216 Verlangen nicht mit Einwilligung identisch ist, geht aus dem Wortlaut des § 216 selbst hervor, in dem nicht ein Verlangen schlechthin, sondern ein ausdrückliches und ernstliches Verlangen erfordert ist. „In dieser Verschärfung des Tatbestands spricht sich geradezu die Ängstlichkeit des Gesetzgebers aus, der Einwilligung bei der Tötung nur ja keinen zu weiten Spielraum zu gewähren". (Keßler S. 81). Außerdem verlangt § 216, daß der Täter durch das Verlangen des Getöteten zur Tat „bestimmt" ist; also aktive Betätigung des zu Tötenden, Anregung der Kausalkette durch ihn.

Als Gegner[1]) dieser Ansicht tritt vor allen Dingen Holer auf. Holers Ausführungen gipfeln in der Erklärung: es sei gleichgültig, ob bei einer Tötung auf Verlangen ein wirkliches Verlangen im engen

[1]) Die gegnerische Ansicht vertreten vor allem Holer S. 110 ff., Hälschner Bd. 2 § 18 N. 2 Roedenbeck Zweikampf S. 84, a. M. aber in G. S. 37, 140 Ortmann in G. S. 25, 117 f., Meyer S. 119 ff.

Sinne des Wortes oder eine Einwilligung vorgelegen habe. Denn es sei nur zufällig, ob der Wille von Anfang an im späteren Verletzten vorhanden war oder ob er vom zu Verletzenden erst geweckt wurde. (!) (Gerade das scheint mir aber für die entgegengesetzte Ansicht zu sprechen. Darin, daß das eine Mal der Wille von Anfang an vorhanden war, das andere Mal aber erst durch das Verlangen des Anderen geweckt wurde, scheint mir ein völliger Beweis meiner Ansicht zu liegen). Holer fährt fort: Einwilligung und Verlangen seien beide für die Motivbildung von untergeordneter Bedeutung, entscheidend sei die Vorstellung desjenigen, der getötet wird. Und es dürfe keinen qualitativen Unterschied begründen, ob der eine diese Vorstellung hatte, bevor man ihn darauf aufmerksam machte oder erst dann, als seine Aufmerksamkeit durch das Verlangen darauf gelenkt wurde. (Hierauf ist dasselbe wie oben zu erwidern). Dann aber erklärt Holer selbst: der § 216 spreche von einem Verlangen, das heißt, es liege hier nicht ein Eingehen auf einen fremden schon vorhandenen Willen vor, sondern es wird dieser fremde Wille durch den zu Tötenden erst erzeugt! Also genau das, was wir als wesentlichen Unterschied zwischen Einwilligung und Verlangen kennen gelernt haben.

Holers Ausführungen können nicht überzeugen.

Weitere Gründe zur Geltendmachung der gegnerischen Ansicht sind diese: 1) die Motive sprechen nur von der Einwilligung, nicht aber vom Verlangen.

a) Hierauf ist mit Keßler S. 81 zu erwidern, daß die Motive den § 216 nicht auf jede Tötung eines Einwilligenden, sondern nur auf eine solche bezogen wissen wollen, „wie sie der Entwurf näher charakterisiert". Und das ist eben die Tötung auf Verlangen, wie wir sie verstehen. Die Motive sprechen daher nicht gegen, sondern für unsere Ansicht.

b) Die Motive sind nicht der erklärte Wille der Gesamtheit, sondern im günstigsten Falle die Ansicht einzelner Mitglieder des Reichstages, nicht aber die des Gesetzgebers.

2) Art. 157 des sächs. Strafgesetzbuches von 1858 dem der § 216 fast wörtlich entlehnt ist, trage als Überschrift „Tötung des Einwilligenden". Kein Beweis, sodoch einen Anhalt liefere dieses Argument für die Gegenmeinung.

Auch keinen Anhalt liefert dieses Argument: Überschriften der „originären Rechtsordnung" haben gegenüber dem klaren Gesetzestext keine Kraft. Und was bedeutet die Überschrift des Art. 157, wenn er nachher selbst von der Tötung eines Verlangenden spricht?

3) Auch § 142 Abs. 2 enthalte den Ausdruck Verlangen, der wie auch von Olshausen, Oppenhoff-Delius, Wachenfeld zugegeben wird, hier mit Einwilligung gleichzusetzen sei. Das wird zugegeben, ohne daß es unserer Meinung den geringsten Abbruch tut.

Es würde hier dem Sinn des § 142 zuwider laufen, wollte man eine an einem Einwilligenden begangene Verstümmelung zur Entziehung der Wehrpflicht nicht nach § 142 bestrafen. Das Ergebnis wäre andernfalls ein Unmögliches. (Holdheim S. 11): Derjenige, der auf Verlangen des zu Verstümmelnden die Tat begeht, ist nach § 142 zu strafen, falls er aber den zu Verletzenden sogar zur Tat überredet hat, müßte er ja wegen vorliegender Einwilligung (wie wir unten zum dritten Hauptteil noch näher ausführen werden) straffrei bleiben.

Die Gleichsetzung von Einwilligung und Verlangen im § 142 erklärt sich durch den Inhalt des § 142 selbst. (Kahle S. 3, Holdheim S. 12).

Wir hatten festgestellt, daß das Verlangen in § 216 zwar nicht der Einwilligung gleichzusetzen ist, daß es aber der weitergehende, die Einwilligung mitumschließende Begriff ist. Wenn dann das R. G. bei seinem Analogieschluß von der Gleichheit beider Ausdrücke ausgeht, so ist schon das verfehlt.

Angezweifelt wird weiter die Zulässigkeit eines Analogieschlusses überhaupt (Keßler S. 9, Rödenbeck Zweikampf S. 47 N. 56, Lewald S. 28, Holer S. 130, Friedrich S. 12). Bevor man § 216 zu einem Analogieschluß auf die Strafbarkeit auch der Körperletzung benutzen dürfe, müsse erst einmal feststehen, daß § 216 „der Ausfluß eines allgemeinen die Körperverletzung mit umfassenden gesetzgeberischen Prinzips sei (Keßler). „Bisher hat es kein Richter gewagt, in dieser Weise Gesetzesbestimmungen analog auszudehnen". Das hieße nicht mehr Gesetze anwenden, sondern nach eigenem Gutdünken Gesetze machen. (Roedenbeck).

Selbst nimmt man aber eine solche problematische Interpretation zu Hilfe, so könnte man mit Binding, Keßler u. a. ein argumentum e contrario gegen die Strafbarkeit von Verletzungen Einwilligender aus dem § 216 entnehmen. Binding[1]) sagt: „es spricht die Tatsache, daß die Einwilligung nur bei der Tötung ausdrücklich berücksichtigt worden ist und sogar die Strafe derselben erheblich mindert, dafür, daß ihr überall sonst eine noch größere Wirksamkeit als selbstverständlich zukommend betrachtet wird".

[1]) Hb. I S. 722 N. 13.

„Und dieser Schluß ist ebenso zwingend, ebenso logisch richtig, wie der den das R. G. gezogen hat." [1] —

Wer, wie das R. G., der Einwilligung in die Körperverletzung die Rechtswirksamkeit abspricht, muß dazu Stellung nehmen, ob er auch jede geringfügige Körperverletzung nach § 223a und jede unbedeutende Körperverletzung, welche nur auf Antrag verfolgt werden kann, wenn trotz Vorliegens der Einwilligung ein Antrag seitens des Verletzten gestellt wird, strafen will. Das R. G. schweigt. Nach ihm muß somit angenommen werden, daß es auch die Tausende von geringfügigen Körperverletzungen mit Einwilligung, die täglich vorkommen, und die zum größten Teil keine Antragsdelikte sind, und somit nicht mit dem Hinweis erledigt werden können,[2] daß sie wegen mangelnden Strafantrages straflos bleiben, aburteilen will.

Bei konsequenter Durchführung der Ansicht des R. G. müßten Verletzungen in Spiel und Wettkämpfen, von Fechtern, Faustkämpfern, Fußballspielern, Verletzungen zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung u.s.w. u.s.w. unnachsichtlich geahndet werden.

Es wurde gezeigt, daß die Gründe des R. G. für die völlige Bedeutungslosigkeit der Einwilligung in die Körperverletzung in keiner Weise befriedigen konnten, daß die Ansicht des R. G. in den letzten Konsequenzen zu unbilligen Ergebnissen führen mußte und im geltenden Recht keine Stütze findet.

§ 3.

Vermittelnde Ansichten.

Die Vertreter der Mittelmeinungen empfinden deutlich, daß es dem Rechtsgefühl widerspricht, geradezu unsinnig ist, wollte man jede auch die allerkleinste Körperverletzung mit Einwilligung strafen.

Sie entscheiden sich daher für einen Mittelweg beschränkter Strafbarkeit, sie wollen, jede von einer verschiedenen Grundauffassung ausgehend, die Rechtswidrigkeit der Handlung bei vorliegender Einwilligung nur bei leichten, dagegen nicht bei schweren Körperverletzungen aufgehoben wissen.

Als Vertreter dieser Mittelmeinung sind zu nennen:

v. Bar, Bd. III S. 55, Frank, S. 103, Holer, S. 81 ff., Geyer, Grundriß Bd. II S. 18, Kiehl in G. A. Bd. 54 S. 357 ff., v. Liszt-Schmidt, 1927, S. 203, Merkel, S. 170, Wachenfeld, Lehrbuch S. 132, Wiebeck, S. 41—42, Zitelmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99 S. 1—130.

[1] Gerland a. a. O. S. 500.
[2] Hälschner in G. S. 35, 179.

1.

Diejenige vermittelnde Theorie, die wegen ihrer auf dem Zivilrecht beruhenden Grundlagen zu den festesten Ergebnissen führt, ist die Zitelmannsche Rechtsgeschäftstheorie.

Zitelmann sucht die Wirksamkeit der Einwilligung, da das St.G.B. über die Einwilligung vollständig schweigt, aus einem allgemeineren positiv-rechtlichen Grundsatz herzuleiten. Als solcher Grundsatz bietet sich für ihn lediglich der Grundsatz über Rechtsgeschäfte dar, nämlich der Satz, daß im Privatrecht die Person innerhalb gewisser Schranken die Macht habe, ihre Rechtsverhältnisse zu gestalten: „Durch die Einwilligung wird die Rechtswidrigkeit dann und nur dann ausgeschlossen, wenn die Einwilligung sich als ein auf diesen Ausschluß gerichtetes Rechtsgeschäft des Rechtsinhabers (so nennt er den Inhaber des geschützten Rechtsguts, in das eingegriffen wird) erweist."

Die Einwilligung ist also stets ein Rechtsgeschäft mit der Wirkung, daß sie dem Gegner ein subjektives Recht, das Zitelmann Ermächtigungsrecht nennt, (S. 55/56) zur Handlung einräumt. Indem er die Handlung vornimmt, übt er dieses Recht aus, und weil er ein Recht ausübt, kann seine Handlung nicht rechtswidrig sein. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit ist nicht der unmittelbare Inhalt der Einwilligung, sondern die Folge davon, daß durch die Einwilligung der Einwilligungsempfänger ein Recht, die Handlung vorzunehmen, erhalten hat. Daraus folgt dann der bedeutsame Satz, daß die Einwilligung den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in gleichem Maße wie für das Privatrecht auch für das Strafrecht bewirke, da eine rechtmäßige Rechtsausübung nicht zugleich rechtswidrig sein könne. Deshalb könne das Strafrecht in der Anerkennung der Einwilligung als eines Grundes für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit hinter dem Privatrecht niemals zurückbleiben, höchstens weitergehen. Da aber auch für das Strafrecht die Bedeutung der Einwilligung aus irgendeinem allgemeineren, positiv-rechtlichen Satze abzuleiten sei, so müsse es, solange eine besondere Bestimmung im Strafrecht, die eine verschiedene Behandlung beider Einwilligungen rechtfertige, fehle, dabei bleiben, daß die Einwilligung nur in demselben Maße rechtswidrigkeitsausschließend wirke wie das Privatrecht. Erkenne man die Einwilligung als ein Rechtsgeschäft an, so müsse man sie „inhaltlich" und in allen sonstigen Beziehungen (S. 48) dem für Rechtsgeschäfte überhaupt geltenden Grundsätzen unterstellen.

Aus der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung folge, daß die Rechtswidrigkeit der Handlung durch die Einwilligung immer aus-

geschlossen werde, soweit nicht das Rechtsgeschäft

1) seines Inhalts wegen besonders für wirkungslos erklärt sei, oder

2) gegen ein gesetzliches Verbot oder

3) gegen die guten Sitten verstoße.

Fall 1 und 2 liege bei den Offizialdelikten — daraus folgt dann die Rechtswirksamkeit der Einwilligung bei leichten Körperverletzungen, die nur auf Antrag verfolgt würden —, Fall 3 stets bei schweren Körperverletzungen vor.

Um festzustellen, ob die Einwilligung den guten Sitten zuwiderlaufe, sei der verfolgte Zweck, aber auch die Art der Verletzung maßgebend. Ein und derselbe Zweck könne auch die Kraft haben, zwar die Einwilligung in eine geringfügige Körperverletzung, nicht aber die in schwerere oder gefährdendere zu rechtfertigen (S. 79).

Und nun zur Kritik der Zitelmannschen Theorie.

1) Die strafrechtliche Einwilligung trägt keinesfalls einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Zwar liegt in jedem Vertrage eine Willensübereinstimmung, „eine wirkliche Einwilligung" vor. Aber diese zivilrechtliche Einwilligung unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der strafrechtlichen: der strafrechtlichen Einwilligung fehlt vor allem, worauf besonders Keßler (S. 19), Blaß (S. 34), Träger (S. 146) und Klee in (G.A. Bd. 48, 198) hingewiesen haben, der konstitutive Charakter des Rechtsgeschäfts. (siehe auch schon oben). Durch die Einwilligung wird dem Einwilligungsempfänger kein subjektives Recht zur Handlung eingeräumt, sie kann nur „Anlaß zu einer Rechtsveränderung werden" (Mannheimer S. 21). Wenn ich in das Abschlagen eines meiner Finger einwillige, so habe ich dadurch noch keine Rechtsveränderung hervorgerufen, bin dadurch noch nicht meines Rechts auf die Unversehrtheit meines Fingers ledig! Erst durch das tatsächliche Abschlagen des Fingers würde eine Rechtsveränderung eintreten. „Die Einwilligung an sich gestaltet gar nichts, erst durch ihre Konsumtion (in unserem Beispiele die erfolgte Körperverletzung) ist eine Rechtsveränderung bewirkt" (Blaß S. 34).

2) Des weiteren fehlt der strafrechtlichen der der zivilrechtlichen Einwilligung eigentümliche bindende Charakter. Der Grund, warum der Einwilligende nicht an seinen Willen gebunden ist, liegt in der Natur des Strafrechts, das nicht wie im Zivilrecht darauf ausgeht, Rechte des einzelnen zu begründen und deshalb auch nicht Pflichten schafft, welche diesen Rechten gegenüberstehen." (Roedenbeck in G.S. Bd. 37 S. 150).

Die zivilrechtliche Einwilligung legt den Willen des Einwilligenden fest, die strafrechtliche kann jederzeit zurückgenommen werden, sie besteht nur für den Augenblick. „Das Fortbestehen des einmal erklärten Willens wird nicht vermutet. Der strafrechtlichen Einwilligung fehlt das dem Vertrage eigene Zukunftselement.“ [1]) Darum würde auch niemand, im Gegensatz zum zivilistischen Rechtsgeschäft, mit einer Klage auf Gestattung der Körperverletzung bei vorliegender Einwilligung vor einem Richter durchdringen! Also: bindender Charakter und Erzwingbarkeit der zivilrechtlichen, kein bindender Charakter und Unerzwingbarkeit der strafrechtlichen Einwilligung.

3) Auch gegen die Zitelmannsche Annahme, daß die Einwilligung die Rechtswidrigkeit nicht aufhebe, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt, ist mehrfach mit Recht Einspruch erhoben.[2])

Eine Einwilligung in eine Beleidigung, eine Einwilligung eines Mädchens über 16 Jahre in die Vornahme unzüchtiger Handlungen ist strafrechtlich wirksam, obwohl sie in beiden Fällen gegen die guten Sitten verstößt. — Hieraus sieht man, daß aus dem Vorliegen einer an sich unsittlichen Handlung nichts bewiesen wird. „Aus der lediglich dem Zivilrecht angehörigen Regel, daß Verträge, die den guten Sitten widerstreiten, nichtig sind, würde dann doch immerhin nichts weiter folgen, als der anerkannte Grundsatz, daß der Vertrag, durch welchen jemand ein „Verfügungsrecht“ z. B. über seine Ehre überträgt, zivilrechtlich nichtig ist, und daß somit durch einen solchen Vertrag keine Rechtsverbindlichkeiten übernommen werden. Es käme also immer noch auf den Nachweis an, daß ein solcher zivilrechtlich als nicht geschlossen zu betrachtender Vertrag auch ohne alle strafrechtliche Wirkung ist.“ [3])

Dieser Nachweis aber wird von Zitelmann nicht geliefert. Er kann es auch nicht. Das ergibt sich aus dem obigen Beispiele: „Eine Einwilligung in die Beleidigung äußert ungeachtet ihrer zivilrechtlichen Nichtigkeit eine strafrechtliche Wirkung insoweit, als die vollzogene Beleidigung den Tatbestand der §§ 185 ff. nicht erfüllt.“ (Ortmann) Diese Wirkung würde sie nicht haben, wenn „zivilrechtliche Nichtigkeit und strafrechtliche Wirkungslosigkeit dasselbe wären.“

Zugegeben muß allerdings werden, daß die Rechtsgeschäftstheorie sehr viele Zweifel hinsichtlich der Voraussetzung der Einwilligung (Alter: volle Geschäftsfähigkeit; Stellvertretung: gewillkürte und gesetz-

[1]) Klee, in G. A. Bd. 49 S. 252.
[2]) Siehe besonders Ortmann in G. A. Bd. 25 S. 111.
[3]) Ortmann a. a. O.

liche Vertretung sind wegen des rechtsgeschäftlichen Charakters der Einwilligung ohne Unterschied zulässig u.s.w.) beseitigt und daß sie in dieser Hinsicht „zu allein festen Resultaten führt.“ [1])

Aber auch in ihrer praktischen Durchführung setzt sie sich mit dem positiven Recht in einen inneren Widerspruch, der die eben geäußerten Bedenken gegen die Rechtsgeschäftstheorie nur noch verstärkt, nämlich zu dem Antragsrecht des § 65 St.G.B. Nach § 65 ist ein 18jähriger Minderjähriger selbständig zur Stellung eines Strafantrages berechtigt. „Wie man auch über das eigentliche Wesen des Strafantrages denken mag, so liegt doch jedenfalls stets in ihm eine Manifestation erlittener Verletzung.“ [2]) Gewährt also § 65 ein Antragsrecht, so wird vorausgesetzt, daß ein 18 Jähriger die nötige Erkenntnis zur Beurteilung einer erlittenen Rechtsverletzung hat. Ist nun die Einwilligung ein Rechtsgeschäft, so ist zur rechtsgültigen Einwilligung Volljährigkeit erforderlich. Ein 18 Jähriger könnte danach eine zu erleidende Rechtsverletzung nicht beurteilen. Das widerspricht aber dem § 65.

Die Zitelmannsche Theorie, die die Stellvertretung in vollem Umfang[4]) zuläßt, scheitert an weiteren praktischen Konsequenzen: Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters könnte aus einer Körperverletzung eine solche mit Einwilligung, also aus einer strafbaren, eine straflose Handlung machen!

Nach allem ist eine Gleichstellung der privatrechtlichen und der strafrechtlichen Einwilligung abzulehnen.[3]) „Da die Zitelmannsche Rechtsgeschäftstheorie den Unterschied zwischen der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund[4]) und der Einwilligung als zivilistisches Rechtsgeschäft leugnet, verwischt sie damit in einer die Klarheit störenden Weise zwei Rechtsinstitute ganz verschiedener Art und gelang aus diesem theoretisch verfehlten Grunde zu praktisch unrichtigen Resultaten“ (Mezger in G. S. Bd. 89 S. 277).

Auch Frank, der sich in früheren Auflagen der Rechtsgeschäftstheorie mit allen ihren Folgen angeschlossen hatte, erklärt in der neuesten Auflage seines Kommentars, daß die Zitelmannsche Theorie nur dann passe, wenn das verletzte Interesse Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs sei. Nur für diese Fälle sei das BGB. anwendbar.[5])

[1]) Gerland, Vergleich. Darstellung Allg. Teil Bd. II S. 503.

[2]) Gerland a. a. O. S. 503.

[3]) In Übereinstimmung mit v. Bar Bd. III, S. 50 ff.; Meyer S. 29 f.; Gerland a. a. O.; Frager S. 116; Blaß S. 138; Lewald S. 32.

[4]) Rechtfertigungsgrund ist nach Frank III vor § 51 ein solcher Umstand, der der regelmäßig vorhandenen Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens entgegensteht.

[5]) Frank S. 137, Honig S. 156.

II.

Die vermittelnde Ansicht, die sich auf die Unterscheidung der Rechtsgüter in veräußerliche und unveräußerliche beruft, kann an dieser Stelle übergangen werden, denn, daß diese Einteilung der Rechtsgüter durch die Unklarheit der Abgrenzung der einzelnen Rechtsgüter zu keinem sicheren Ergebnis führt, haben wir oben bei Widerlegung der reichsgerichtlichen Ansicht nachgewiesen.

III.

Wertlos für eine brauchbare vermittelnde Ansicht ist auch die von Anton Heß (Ehre S. 51 ff.; Ehre und Beleidigung des § 185, 1891) aufgestellte des „sapienter volenti non fit iniuria." Heß stellt also als Kriterium der Abgrenzung rechtmäßigen und rechtswidrigen Verhaltens das Merkmal der Vernünftigkeit hin. „Woran aber zu erkennen ist, wann eine Einwilligung vernünftig und wann unvernünftig erscheinen müsse, auf diese Frage antwortet Heß mit einem Achselzucken. (Dohna S. 147).

IV.

Eingegangen muß weiter noch werden auf die vermittelnde Holersche Theorie des bedingten und unbedingten Rechtsgutes.

Sie führt dieselbe Unklarheit wie die beiden zuletzt verworfenen Theorien herbei.

Unbedingt sei nach Holer ein Rechtsgut, wenn der Schutz, den die Rechtsordnung diesem gewährt, von dem Willen des Trägers unabhängig sei. Das bedingte Rechtsgut gelte der Rechtsordnung dann nicht als Rechtsgut, wenn sein Träger es nicht geschützt sehen wolle (S. 94). Fälle, wo das Gesetz den bedingten Schutz ausdrücklich hervorhebe, seien nach Holer vor allem die §§ 237, 236, 220, 269. Konkludenter spreche das Gesetz die bedingte Natur des Rechtsschutzes aus

1. da, wo es den Willen als solchen zum Rechtsgut erhebe (genauer, wo der dem Willen entsprechende Zustand zum Rechtsgut erhoben werde), z. B. bei der Nötigung.
2. bei den Antragsdelikten,
3. bei den Vermögensverbrechen.

Die Holersche Lehre bedeutet nach v. Bar[1]) und Metz[2]) sachlich nichts anderes als die alte Unterscheidung der Rechtsgüter in veräußerliche und unveräußerliche. „Das einzig Neue der Lehre Holers ist nur die Ersetzung der Ausdrücke „veräußerlich" und „unveräußerlich" durch die Begriffe „bedingt" und „unbedingt." Auch nach ihr

[1]) Gesetz und Schuld Bd. 3, S. 55.
[2]) Metz S. 6.

ist eine einheitliche Entscheidung, wann ein Rechtsgut bedingt, wann unbedingt ist, nicht möglich. Was Hartwig in G. S. Bd. 83 S. 54 treffend fragt: „Welches Rechtsgut ist bedingt und bei welchem trifft die Bedingung der Unbedingtheit zu?" verschweigt uns auch Holer. Denn die Aufzählung der einzelnen Fälle der bedingten Rechtsgüter, wie er sie unternimmt, ist durch nichts begründet, und rein willkürlich. „So endet Holers Lehre, die naturrechtliche und moralische Spekulation streng verurteilt hat, zum Schluß bei einer Spekulation über das bedingte und unbedingte Rechtsgut."[1])

V.

Andere wieder wollen ihre vermittelnde Ansicht auf die Einteilung der Delikte in Antrags- und Offizialdelikte stützen. Das einem Antragsdelikte stützen. Das einem Antragsdelikt zugrunde liegende Verbot sei nur im Interesse des Verletzten ergangen, dessen Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausschließe.[2]) Frank,[3]) der einen allgemeinen Gesichtspunkt finden will für die Delikte, die nur im Interesse des Verletzten ergangen sind, nimmt an, daß sich im Zweifel (!) aus der Antragsbedingung schließen lasse, daß die Einwilligung das Delikt ausschließe. Merkel[4]) will dies dort nicht gelten lassen, wo neben dem Verletzten anderen Personen ein selbständiges Antragsrecht verliehen ist.

Diese Ansichten befriedigen ebenfalls nicht. Denn zum großen Teil stellen sie den Verzicht auf das Antragsrecht mit der Einwilligung gleich. Sie erblicken in der Einwilligung einen vorhergehenden Verzicht auf das Antragsrecht. Breithaupt sagt wörtlich (S. 63): „Die Frage, welchen Einfluß die Einwilligung auf die Zufügung einer leichten Körperverletzung ausübt, erledigt sich aus dem Grunde, daß diese ein Antragsdelikt ist. (Jede leichte Körperverletzung?) und man „sicherlich" annehmen müsse, daß die erteilte Einwilligung einen Verzicht auf die Ausübung des Antragsrechts enthalte." Eine Begründung dieser Ansicht gibt er nicht.

Einwilligung und Verzicht auf das Antragsrecht aber sind grundverschieden. Daß der Verzicht eine bindende Willenserklärung ist und daß die vor der Tat erteilte Einwilligung nicht bindet, erwähnten wir schon. Bei den Antragsvergehen entsteht die Straftat völlig unabhängig davon, ob der Strafantrag gestellt wird oder nicht. Bei der Einwilligung „bestimmt der Wille des Verletzten, ob eine gewisse

[1]) Blaß S. 42.
[2]) Hälschner in G. S. Bd. 35 S. 179 und selbst Kronecker ebd. S. 222.
[3]) 4. Abschnitt III vor § 51.
[4]) S. 170.

Handlung sich als strafbar oder straflos darstellt."[1]) Der Verzicht auf den Strafantrag schließt die Strafverfolgung des Verbrechers, die Einwilligung die Möglichkeit des Verbrechens aus.

v. Liszt[2]) erkennt zwar die Verschiedenheit des Verzichts auf das Antragsrecht und der Einwilligung, will aber den unhaltbaren Konsequenzen der reichsgerichtlichen Ansicht mit dem Hinweis entgehen, daß ja bei einer leichten Körperverletzung bis auf 3 Mk. Geldstrafe herabgegangen werden kann. Wie ist es aber mit den Fällen des § 223a, die keine Antragsdelikte sind? v. Bar (§ 238) bemerkt dazu ganz richtig: „Welchen Eindruck würde es hervorbringen, wenn der Staatsanwalt, der ja verpflichtet ist, Anklage zu erheben, öfter eine Strafe von 3 Mk. beantragte, oder, wenn das Gericht öfter auf dieses geringe Strafmaß bei einer von Amts wegen zu verfolgenden Körperverletzung erkennen würde?"

Geyer Gr. II, S. 18 will „nur bei ganz geringfügigen Verletzungen, für welche aber keine gesetzliche Formulierung notwendig ist," den Täter straflos lassen. Seine Bestrafung würde sonst das Rechtsgefühl verletzen. (Wo ist aber die Abgrenzung zu treffen?) Auch Schaper in Holtzendorff Hb. Bd. 2 S. 129 vertritt einen ähnlichen Standpunkt. Er räumt der Einwilligung Rechtswirksamkeit nur bei einfachen Körperverletzungen ein.

VI.

Alle bis jetzt besprochenen Theorien konnten einen überzeugenden Nachweis der Bestrafung nur der schweren Körperverletzung bei vorliegender Einwilligung nicht erbringen. So wird denn von den meisten neueren Schriftstellern,[3]) auch für den Beweis der positiven Ansicht, ein anderer Weg eingeschlagen.

Das Verdienst Keßlers ist es, diesen Weg gewiesen zu haben.

Keßler sieht den einzigen Weg zur Beurteilung der Rechtswirksamkeit der Einwilligung, „an welchen eine gesunde, auf praktisch brauchbare Resultate gerichtete Auslegungskunst stets in erster Linie denken sollte", in der zuvorigen Feststellung des Zwecks der Strafsatzung überhaupt. Keßler gelangt nach längeren Ausführungen, in denen er sich mit den Theorien über den Zweck der Strafe auseinandersetzt und die hier nicht hergehören, zu dem Ergebnis: Zweck

[1]) Keßler S. 19; ferner besonders Kiehl in G. A. 54, 366; Gerland in G. S. 57, 38; zustimmend Metz S. 41/42; Meyer S. 38/39.

[2]) In den früheren Auflagen!

[3]) Frank III vor § 51; v. Liszt-Schmidt S. 156/7; Olshausen S. 862; Gerland a. a. O.; Kiehl in G. A. 54, 357 ff.; Hartwig in G. S. 83, 61; Mezger a. a. O.; Lewald S. 36 f.; Träger S. 11 f.; Keßler S. 67 und vorher; Cohn S. 14; Kronecker in G. S. 35, 219; Blume, Dohna, Gerland.

allen Rechts ist der Schutz menschlicher Lebensinteressen[1]) oder genauer der Schutz menschlicher Interessen mittels Verhütung ihrer Beeinträchtigung durch menschliche Handlungen. Da aber Keßler vermeiden will, was er als Hauptfehler der Untersuchungen anderer bezeichnet hat, „das Operieren mit unbestimmten Vorstellungen", so gibt er zunächst eine Definition des Interesses: „Das Interesse einer Person an einer Tatsache ist das Verhältnis der Person zu dieser Tatsache, vermöge dessen das Eintreten oder Nichteintreten derselben für ein Gut der Person eine nachteilige Folge hat."[2]) Als Interessen, deren Schutz die Strafgesetze dienen, kommen nach Keßler in Betracht:

1. das Interesse einer Person,
2. das Interesse mehrerer Personen und
3. das öffentliche Interesse.

Das öffentliche Interesse sei kein einheitlicher, jeder weiteren Erklärung bedürftiger Begriff, wie man vielfach angenommen habe, unter öffentlichem Interesse habe man vielmehr ein dreifach verschiedenes zu verstehen. Öffentliches Interesse sei

a) identisch mit Staatsinteresse als das Interesse des Staates als einer Korporation des öffentlichen Rechts (S. 58/62).

b) Eine weitere Bedeutung habe der Begriff als Interesse eines der Zahl nach unbestimmten Personenkreises am Bestehen des Gesetzes überhaupt. Dieses Interesse am Gesetze sei ein rein tatsächliches, kein rechtlich geschütztes, und es werde denn auch hier ohne Berücksichtigung bleiben können.

Was Keßler unter diesem tatsächlichen Interesse versteht, ist dies: Verletzt durch ein Verbrechen wird immer auch die Gesamtheit der Staatsbürger, weil sich nicht auf einen einzelnen allein die Folgen des Verbrechens beschränken. „Sie wirken weiter, übertragen sich auf größere Kreise, Erregungszustände, Gefühle gestörter Sicherheit, eine Unruhe bemächtigt sich der Allgemeinheit," (Holer S. 81) und insofern wird auch sie verletzt. Wenn wir im folgenden von dem Verletzten sprechen, so meinen wir daher nicht die mittelbar durch jedes Verbrechen verletzte Allgemeinheit, sondern den unmittelbar Verletzten als denjenigen, den die Auswirkungen des Verbrechens unmittelbar treffen.

Es könne

c) das den Gegenstand des menschlichen Schutzes bildende Interesse von der Beschaffenheit sein, daß es selbst im konkreten Fall

[1]) So auch v. Liszt S. 72, Meyer S. 42; Holer S. 45; Klee in G. A. 48, 337; Schuh S. 3.

[2]) So auch Schuh S. 4.

seiner Verletzung sich nie als das Interesse einer bestimmten Person, d. h. nicht als das Interesse ausschließlich dieser Person erweise. Subjekt dieses Interesses sei ein unbegrenzter Personenkreis. Dieses Interesse bezeichnet Keßler als öffentliches Interesse im engeren oder eigentlichen Sinn und an dieses Interesse sei zu denken, wenn der Sprachgebrauch vom Interesse der öffentlichen Sittlichkeit, Sicherheit, Ordnung u. dergl. rede.

Verletzter ist nach Keßler also derjenige, dessen Interesse durch eine Norm geschützt werden sollte. Sobald dieser also — — darin gipfeln die Ausführungen Keßlers — — erklärt, er besitze dieses Interesse nicht mehr, so verliert der Verstoß gegen diese Schutznorm den Charakter der Rechtsverletzung. Die Einwilligung des Verletzten hebt sonach die Rechtswidrigkeit der verletzenden Handlung auf.

Wer ist nun aber der Verletzte, oder, was dasselbe bedeutet, in welchem Interesse sind die einzelnen Strafbestimmungen erlassen? Diese Frage könne nur mittels einer Exegese der gesetzlichen Einzelbestimmungen gewonnen werden.

Die grundsätzliche Lösung aber auch der vor allem umstrittenen (und für diese Untersuchung nur bedeutsamen) Frage der Einwilligung in die Körperverletzung sei nun gegeben. Es ist also nur noch zu prüfen, ob die gesetzlichen Bestimmungen über die Körperverletzungen im öffentlichen oder allgemeinen Interesse oder in dem des einzelnen Individuums gegeben sind.

Die Ausführungen Keßlers sind nicht unangefochten geblieben. Daß aber Keßler als erster zur Lösung des Problems „einen neuen zuverlässigen Stützpunkt in dem Interessenschutz als dem Zweck des Strafgesetzes gefunden hat, muß unumwunden zugegeben werden.

Einwendungen gegen Keßlers Lehre.

Meyer S. 42, der sich sonst eng an die Ausführungen Keßlers anschließt, rügt den Ausgangspunkt zu Keßlers Lehre, die Feststellung des Zwecks der Strafsatzungen. Er meint, es sei nicht ganz richtig, von einem Zweck des Rechts zu sprechen, da einen Zweck nur haben könne, was mit dem Willen zum Zweck geschaffen sei. Das Recht aber sei nicht erst Geschaffenes, sondern etwas von Anfang an Gegegebenes, eine im Zusammenleben der Menschen begründete, soziologische Notwendigkeit. Es sei aber menschliche Eigenart, allen Erscheinungen, die ihr Zusammenleben selbst mit sich bringt, einen Zweck als Inhalt zu geben. Zweck sei dann die zur Idee erhobene soziologische Notwendigkeit.

Wir halten diese Ausführungen Meyers für nicht gerechtfertigt. Zwar ist die Rechtsordnung eine im Zusammenleben der Menschen begründete, soziologische Notwendigkeit, aber von Anfang an geschaffen zum Schutze menschlichen Lebensinteressen. Denn die Rechtsordnung ist nicht um ihrer selbst, sondern um der Menschen willen da.

Der Ausgangspunkt Keßlers ist ohne Zweifel der richtige.

Auch die Keßlersche Definition des Interesses ist nicht von allen anerkannt. Holer S. 26 weist mit Recht darauf hin, daß sich Keßler zu eng an das römische Interesse anlehnt, das nur eine Verbindung mit einem Verbum, nicht aber mit einem Substantivum zulasse. Nach Keßler könne man daher streng genommen Interesse nur an Ereignissen haben. Ich möchte mich daher mit Metz S. 1 zu folgender kurzen und präziseren Deffnition entschließen: Interesse ist der Wille, mir ein Gut zu erhalten. Und Gut ist dann „die Beziehung, in der sich ein Gegenstand zu einem Menschen befindet." (Unter Anlehnung an Finger in G. S. 40, 151. Finger meint allerdings, diese Beziehung des Gegenstandes zu einem Menschen bestimme nur „vielfach" dessen Qualität als Gut. Nicht vielfach, sondern immer!)

Unter grundsätzlicher Berücksichtigung der Ausführungen Keßlers kommen wir mit Mezger a. a. O. zu folgendem Ergebnis: „Alles Unrecht ist seinem materiellen Gehalt nach Interessenverletzung." Ausnahmsweise kann das Unrecht entfallen. Zweierlei ist hierfür ausschlaggebend:

1. Es kommt aus irgend einem Grund „das sonst im Unrecht verletzte Interesse" in Wegfall (Prinzip des mangelnden Interesses) oder

2. „Es steht diesem Interesse ein höher bewertetes anderes Interesse gegenüber, das das Unrecht zum Recht erhebt." (Prinzip des überwiegenden Interesses).

Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des sog. Verletzten beruht nun auf dem Prinzip des mangelnden Interesses. Ob also der Verletzte im engeren Sinn durch seine Einwilligung das Unrecht beseitigen kann, hängt davon ab, ob sein Interesse *allein* durch das Verbot geschützt sein soll, oder ob daneben noch andere Interessen als Schutzobjekte von *maßgebender* Bedeutung sind.

Hier beginnen nun wieder die eigentlichen Schwierigkeiten: die Feststellung des vorzugsweise Verletzten bei den Bestimmungen über die Körperverletzung. Präzisiert heißt das (ähnlich wie Keßler): Sind die Bestimmungen über die Körperverletzung in der Hauptsache im Interesse des einzelnen Individuums oder in dem der Allgemeinheit, im öffentlichen Interesse gegeben?

v. Liszt-Schmidt 1927, Frank, Wachenfeld, Wiebeck usw. vertreten nun den Standpunkt, daß man zwischen schweren und leichten Körperverletzungen unterscheiden müsse. Bei der schweren Körperverletzung würde das öffentliche Interesse in erheblichem Maße verletzt. Die Einwilligung in eine solche Körperverletzung sei daher wirkungslos. Liszt findet mit Frank (siehe schon oben) folgenden allgemeinen Gesichtspunkt: Soweit die Körperverletzung nur auf Antrag des Verletzten verfolgt werden kann, zeigt das Gesetz, daß hier der Einwilligung rechtfertigende Bedeutung zuzulegen ist. In allen anderen Fällen gibt also der in die Verletzung Einwilligende nicht ausschließlich sein eigenes Interesse preis, ist also die Einwilligung kein Rechtfertigungsgrund, also ohne Bedeutung.

Diese Spaltung der Beurteilung der Einwilligung hinsichtlich schwerer und leichter Körperverletzung ist grundsätzlich zurückzuweisen. Allen vermittelnden Ansichten ist prinzipiell entgegenzuhalten, daß ein Unterschied zwischen schweren und leichten Körperverletzungen bezüglich der Einwilligung nicht gemacht werden darf. Das Reichsgericht Bd. 2, S. 442/43 sagt treffend: „. . . . der Unterschied zwischen leichten und schweren Körperverletzungen je nach ihrer geringeren oder größeren Bedeutung für die Gesundheit ist nur ein relativer und kann darum der Untersuchung nicht zugrunde gelegt werden.

Unser positives Recht hat eine verschiedene rechtliche Behandlung der am Einwilligenden begangenen Körperverletzung nicht angeordnet und lege non distinguente nec nostrum est dintinguendum.[1])

Wenn Stern S. 55 die Ausführungen des Reichsgerichts mit dem Einwand angreifen will, es käme für die Strafbarkeit der Körperverletzung zwar nicht darauf an, ob die betreffende Körperverletzung leicht oder schwer sei, sondern vielmehr darauf, ob irgend ein rechtlich geschütztes Interesse durch die mit Einwilligung zugefügte Körperverletzung geschädigt werde, und deshalb müsse man eine Unterscheidung zwischen leichten und schweren Körperverletzung in bezug auf die Einwilligung machen, so ist ihm darauf zu erwidern, was im folgenden Abschnitt eingehend nach gewiesen werden soll, daß innerhalb schwerer und leichter Körperverletzung, jedenfalls nach dem positiven Recht, das rechtlich geschützte Interesse das gleiche ist.

Gerland[2]) erledigt sämtliche Mittelmeinungen, ohne auf sie auch nur näher einzugehen, mit bezeichnender Kürze: „Auf die Ansicht, daß zwischen schweren und leichten Körperverletzungen differenziert werden

[1]) Ortmann in G. S, 35, 378; Keßler 79, Metz S. 43; Kahle S. 31; Joski S. 32; Meyer S. 40; Windmüller S. 77; Holdheim S. 34.

[2]) a. a. O. S. 501.

müsse, gehe ich nicht ein. Sie ist beim Schweigen des Gesetzes unmöglich, da entscheidend nur sein kann der sich stets gleichbleibende Angriff der Körperverletzung."

§ 4.

Positive Ansicht.

Hier wird die Behauptung aufgestellt, daß das Strafgesetzbuch die Körperverletzung nur ahnden will als einen Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen Individuums, daß somit in allen Fällen der Einwilligung in die Körperverletzung die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen wird.

Die Körperverletzung an einem Einwilligenden ist vom geltenden Strafgesetzbuch als straflos hingestellt. Ausdrücklich hat das Gesetz sich für die Wirksamkeit der Einwilligung als Unrechtsausschließungsgrund bei Körperverletzungen nicht ausgesprochen, aber konkludenter wird uns der Beweis dafür gegeben. Vertreten wird diese Ansicht von den weitaus meisten Schriftstellern: so von

Beck S. 213 ff.
Binding Hb. I, S. 723 ff., Lb. I, S. 44 f.
Blume,
Finger S. 413,
Hartmann bei Grünhut Bd. 37, S. 750 ff.
Hartwig in G.S. 82, 309 ff., 83, 56 ff.
Holdheim S. 49,
Joski S. 31 ff.,
Kahle S. 33,
Keßler S. 72/78,
Kronecker in G. S. 35, 220,
Lewald S. 36,
Meyer S. 41,
Meyer-Allfeld S. 83,
Olshausen § 223 Anm. 9,
Ortmann in G. A. 25, 119,
Roedenbeck in G. S. 37, 127,
Ullmann in G. S. Bd. 37, S. 542 ff.,
v. Wächter in G. S. 22, 1 ff.,
Zimmermann in G. A. 29, 440.

1. Körperverletzung eines „anderen".

Die oben aufgestellte Behauptung findet ihre Stütze in § 223.[1] § 223 stellt die Körperverletzung eines „anderen" unter Strafe. Daraus folgt, daß die Selbstverletzung straflos ist.[2] Diese Folgerung steht aber in Widerspruch zu der Ansicht, die Vorschrift der §§ 223 ff. sei im Staats- oder allgemeinen Interesse erlassen! Denn wie könnte der Gesetzgeber die Selbstverletzung straflos lassen, wenn er noch andere Interessen als die des unmittelbar Verletzten schützen wollte? „Werden sie doch durch die Selbstverletzung in demselben Maße berührt wie durch die Verletzung eines anderen!"[3]

In § 223 wird der Satz Keßlers S. 68 bestätigt: „Wenn eine gewisse Handlung allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen verboten ist, so liegt hierin ein vollgültiger Beweis, daß das Interesse nur dieses einen Individuums durch dieses Gesetzes geschützt werden soll, daß folglich die mit Einwilligung dieses Individuums vorgenommene Handlung unverboten sei."

Es muß allerdings zugegeben werden, daß diese Beweisführung im Hinblick auf § 211 nicht zwingend ist.[4] Weil § 211 nicht von der Tötung eines „anderen" spricht, könnte man mit Wachenfeld[5] den Gegenschluß ziehen, daß „der Selbstmordversuch strafbar ist oder die Verfügung über das etgene Leben schlechthin erlaubt sei."

Zieht man aber § 142[6] zum Vergleich heran, so wird die hier vertretene Ansicht noch wahrscheinlicher. Wollte der Gesetzgeber mit den Vorschriften über die Körperverletzung staatliche oder andere Interessen schützen, so hätte er wie in § 142 auch in § 223 die Selbstverletzung unter Strafe gestellt. Denn im § 142 wird die Selbstverstümmelung nicht wegen der Gesundheit des einzelnen, sondern unter dem Gesichtspunkt „der Erhaltung der militärischen Tauglichkeit", also im Staatsinteresse gestraft.

2. § 142 und § 225.

§ 142 dient zum weiteren Beweis unserer Anschauung.

---

[1] Zu dem folgenden sind vor allem die Ausführungen von Keßler S. 68 und 73 und Roedenbeck a. a. O. S. 138/39 beachtlich.

[2] Daß das Kriterium der Straflosigkeit der Selbstverletzung in § 223 zu finden ist, soll damit nicht behauptet werden. Über Selbstverletzung und die Gründe ihrer Straflosigkeit s. Wachenfeld Lehrb. S. 132.

[3] Roedenbeck a. a. O.

[4] Siehe auch Metz S. 37.

[5] Lehrb. S. 316.

[6] Eine Bestrafung nach § 142 ist heute unpraktisch. Aber „wie sich der Gesetzgeber jetzt zu der Frage stellt, ist nicht maßgebend, sondern wie er sich gestellt hat," Klenner S. 48.

Eine Gegenüberstellung von § 142 und § 225 zeigt die Unhaltbarkeit der gegnerischen Ansicht. Wer einen anderen mit dessen Einwilligung [1]) durch Verstümmelung zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht, wird nach § 142 Abs. 2 mit Gefängnis von 1—5 Jahren bestraft. Hatte der Täter jedoch diese staatsgefährliche Absicht nicht, so tritt nach § 225 Zuchthausstrafe von 2—10 Jahren ein. „Das Plus des Tatbestandes im § 142 würde somit statt zu einer Qualifizierung zu einer Privilegierung führen." [2]) „Der besondere Zweck der Verletzung würde als Privilegierungsgrund wirken, während er, was noch von niemandem bestritten wurde, als Qualifikationsgrund gedacht ist." (Dohna S. 142).

Diese Inkongruenz zeigt zur Genüge, daß die Einwilligung in eine Körperverletzung von ausschlaggebender Bedeutung ist. Auch der Einwand, der Gesetzgeber habe „wahrscheinlich" nur an die leichten Fälle der Körperverletzung gedacht, für die er die bedeutend höhere Strafe des § 142 androhen wolle, bei schwereren Verletzungen müsse dagegen Idealkonkurenz zwischen den Vorschriften über die Körperverletzung und § 142 stattfinden, ist nicht stichhaltig.[2]) Denn:

1. setzt ein Untauglichmachen zum Heeresdienst in den meisten Fällen eine schwere Körperverletzung wie z. B. das Abhacken eines Fingers, z. B. des Daumens, voraus.[3]) Daß das Durchschneiden einer Sehne nicht unter §§ 224/25 fällt, wird Klenner nicht bestritten.[4]) Bezweifelt wird aber, daß nur Verletzungen dieser Art unter § 142 fallen. Den Regelfall der Anwendung des § 142 dürften sogar nur Verletzungen nach § 224 bilden! Die praktische Bedeutung des § 142 wäre gleich Null, wenn er in den höchst seltenen Fällen anzuwenden wäre, wo das Untauglichmachen zum Militärdienst durch leichte Körperverletzungen erreicht werden könnte. Auf die Entgegnung Holers S. 134, wenn eine leichte Körperverletzung schon zur Erfüllung des Tatbestandes genüge, würde man sich ja keine schwerere zufügen, braucht wohl mit keinem Worte eingegangen zu werden.

2. Auch die Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen §§ 142 und 225 ist nicht möglich. § 142 ist, wie wir erwähnten, als Qualifikationsgrund zu den Körperverletzungsvorschriften gedacht. Denn zum Delikt der Körperverletzung kommt noch das gegen die Wehrmacht des Staates hinzu. Trifft nun ein qualifiziertes Gesetz mit einem nicht

---

[1]) Daß im § 142 im Gegensatz zu § 216 Verlangen mit Einwilligung zu identifizieren ist, ist oben nachgewiesen.

[2]) Klenner S. 51; Horn S. 45.

[3]) So auch Binding, Lehrb. I, S. 45 Anm. 2; Beck S. 214; Keßler S. 75.

[4]) Klenner S. 51; RG. Bd. 3, S. 33.

qualifizierten, also einfachen Gesetz zusammen, so liegt nicht Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz und zwar sog. Spezialität vor.[1]) § 142 als lex specialis derogiert dann aber die lex generalis: Die Vorschriften über Körperverletzung, auch die über schwere, können sonach keine Anwendung finden.

3. Zugegeben, der Gesetzgeber hätte bei Schaffung des § 142 nur an leichte Körperverletzungen gedacht, so würde es, und dies wird, soweit ich es übersehen kann, von sämtlichen Schriftstellern, die Idealkonkurrenz zwischen § 142 und § 225 annehmen, übersehen, doch immer noch zu einer Inkongruenz kommen: Wer einen Wehrpflichtigen auf dessen Einwilligung verstümmelt, wird nach § 225 mit Zuchthaus bestraft, bei Selbstverstümmelung des Wehrpflichtigen tritt nur Gefängnisstrafe ein. Denn es fehlt an einer Bestimmung für die Selbstverletzung unter den Vorschriften über Körperverletzung. Aber nach § 142 sollen doch beide, Täter auf Einwilligung und Selbstverstümmeler, mit derselben Strafe belegt werden![2])

3. Inkongruenz zwischen § 216 und § 225.

Die Gründe dafür, daß die Vorschriften der §§ 223 ff. nach dem positiven Recht das Interesse nur des einzelnen berühren, sind nicht erschöpft.

Wäre die Einwilligung belanglos, so müßte die Körperverletzung eines Einwilligenden nach § 225 selbst schwerer bestraft werden als eine vollendete Tötung auf Verlangen.[3])

Diese Unstimmigkeiten kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Ihre Erklärung mit Fehlern und Irrtümern, wie sie stets im Gesetz vorkämen[4]), kann nicht ausreichend sein. Sie lassen sich auch nicht mit den Einwänden von v. Liszt und Klenner rechtfertigen. Ohne Übertreibung sei die Verstümmelung des Einwilligenden das schwerere Verbrechen gegenüber der Tötung[5]), und der Staat könne durch die Verstümmelung viel stärker berührt werden, da der Verletzte der staatlichen Wohlfahrtspflege zur Last fallen könne[6]). Zwar lassen sich Verstümmelungsfälle denken, die man als größeres Unglück für den Verletzten als selbst den Tod bezeichnen kann, und Fälle, bei denen sich die Tötung vom rein menschlichen Standpunkt als weniger strafwürdig als die Verstümmelung erweist. Aber „für das Recht muß

[1]) Wachenfeld, Konkurrenz S. 53.
[2]) Beck S. 213 ff.
[3]) Meyer-Allfeld zu § 612 Anm. 27.
[4]) So Hälschner in G.S. Bd. 35 S. 179, ähnlich R.G. Bd. 28 S. 214.
[5]) v. Liszt-Schmidt, Lehrb. S. 324, auch Breithaupt S. 66.
[6]) Klenner S. 47, der jedoch S. 50 seine Ansicht nur für besonders schwere Fälle der Körperverletzung gelten lassen will.

allein maßgebend sein, daß das Rechtsgut des Lebens höher gewertet wird als das der Körperintegrität; dies ergibt die Vergleichung der auf ihre Verletzung gesetzten Strafen, und die Strafen sind der Wertmesser der sozialen Güter" (Ihering).[1])

4. Inkongruenz zwischen dem vollendeten Versuch nach § 216, der eine schwere Körperverletzung enthält, und § 224.

Eine weitere Inkongruenz dient unserer Ansicht.

Nehmen wir folgendes Beispiel: Der Mann schießt auf seine hoffnungslos kranke Frau auf deren inständiges Bitten. Tötet der Schuß, so tritt die Strafe der vollendeten Tötung auf Verlangen ein, also gemäß § 216 eine Gefängnisstrafe von 3—5 Jahren. Verletzt aber der Schuß nur schwer, so wäre, wenn man der reichsgerichtlichen Ansicht folgte und gegen die herrschende Ansicht[2]) die in dem Versuch steckende Körperverletzung bestrafen wollte, bei Nichtberücksichtigung der Einwilligung[3]) und bei Verneinung mildernder Umstände Zuchthausstrafe bis zu 5 Jahren verwirkt. Der Täter müßte also mit Rücksicht auf diese Straffolgen bemüht sein, nach erfolgter Körperverletzung sein Mitleid zu überwinden und das Werk zu vollenden.[4])

Das vollendete Delikt wäre außerdem nur Vergehen,[5]) das versuchte könnte unter Umständen als Verbrechen bestraft werden! „Das steht im Widerspruch mit dem Grundsatz des Deutschen Strafgesetzbuches, daß die versuchte Tat stets milder als die vollendete zu bestrafen ist."[6])

Derartige Unstimmigkeiten genügen allein schon, um eine unbedingte Wirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung anzunehmen. Auch das Reichsgericht kann sich diesen Folgerungen nicht entziehen. Es wendet aber ein, daß es praktisch zu Unzuträglichkeiten kaum kommen werde, da schon die für den Regelfall gegebene Strafdrohung beim Vorliegen einer schweren Körperverletzung es gestatte, auf Gefängnisstrafe zu erkennen, die für den Fall mildernder Umstände sogar bis auf einen Monat hinuntergehen könne.

---

[1]) Beck S. 213 und Meyer S. 54.

[2]) Die jeden Versuch nach § 216 straflos läßt, da § 216 nur ein Vergehen sei, der Versuch mangels ausdrücklicher Bestimmung daher straffrei zu bleiben habe.

[3]) Daß bei vorliegendem Tötungsverlangen auch zugleich in die Körperverletzung eingewilligt wird, ist jedenfalls gegen das Reichsgericht herrschende Ansicht, siehe die unter 5 Angeführten.

[4]) Hartwig in G.S. 83,79.

[5]) Auch dies ist die vorherrschende Ansicht, die ihre Stellungnahme herleitet aus der Geschichte, der Stellung und dem Wortlaut des § 216, siehe Allfeld zu § 216, v. Bar Bd. 2 S. 165, Binding Hb. 1 S. 721, Ebermayer zu § 216, selbst das R.G. in wiederholten Entscheidungen, am ausführlichsten in Bd. 28 S. 200 ff., Schwartz zu § 216, Wachenfeld, Lehrb. S. 310.

[6]) Wachenfeld, Tötungsdelikte S. 79.

Falls nun aber der Richter die Einwilligung nicht berücksichtigt und die Höchststrafe zur Anwendung bringt?

Die Möglichkeit ist jedenfalls gegeben, daß der Versuch nach § 216 härter bestraft werden kann als das vollendete Delikt. Und zu dieser Möglichkeit darf es nie kommen! Eine so harte Inkongruenz zwischen den Strafnormen des § 216 und denjenigen der §§ 223 ff. widerspricht jedem Rechtsgefühl des Volkes und der Wissenschaft und ist dem Willen des Gesetzgebers nicht zu unterstellen.

Holers[1]) einzige Entgegnung auf diese Beweise für die volle Berücksichtigung jeder Einwilligung in die Körperverletzung: „Gewichtigere Beweise sind nötig, um die „Präsumtion", die zugunsten der unbedingten Natur des Rechtsschutzes bei der Körperintegrität bestehe, zu entkräften", ist gänzlich unbegründet. Vielmehr müßte er doch den Beweis antreten, um die Präsumtion, die nach allem zu ungunsten „der unbedingten Natur des Rechtsschutzes bei der Körperintegrität" besteht, zu entkräften. Gibt er doch selbst zu, daß man „um dieses widerspruchsvolle Resultat nicht hinwegkommen könne" und „daß man sich über diese Härte des Gesetzes nicht mit allgemeinen Bemerkungen hinwegtäuschen könne".

5. Duellvorschriften.

Zur Unterstützung der vorgetragenen Ansicht werden von Binding u. a.[2]) als letztes Argument noch die Vorschriften über den Zweikampf herangezogen: die §§ 205 ff. ließen sich nicht erklären, falls der Einwilligung in die Körperverletzung keine Bedeutung beigelegt werde; denn der Zweikampf setze nur eine eventuelle Einwilligung in die Körperverletzung voraus, die die Wirkung habe, daß alle Körperverletzungen nur mit Festungshaft bestraft würden. Habe aber die eventuelle Einwilligung eine solche Kraft, so müsse die prinzipielle die Strafbarkeit ganz aufheben. Gegen diese Beweisführung ist von verschiedenen Seiten Einspruch erhoben.[3])

Die Bestrafung des Zweikampfes sei keine Folge der Einwilligung, sondern eine Folge der Anerkennung „des Ehrenkodexes gewisser Gesellschaftsklassen"[4]), der Gesetzgeber habe eine unausrottbare Kulturerscheinung vor sich gehabt, der er seine Achtung nicht versagen könne."[5])

---

[1]) S. 133.

[2]) Binding Hb. I S. 723/24; Beck S. 213 ff., Kahle S. 35, Finger Lehrb. I S. 416, Olshausen § 216, Hartwig G.S. 83, 338 f. und 83,66.

[3]) Windmüller S. 79 ff.; Klenner S. 52, teils auch Meyer S. 50; Metz S. 40/41.

[4]) Klenner S. 52.

[5]) Metz S. 40.

Es ist zuzugeben, daß die Vorschriften über den Zweikampf z. T. „einer Nachgiebigkeit gegen die Sitten“[1]) ihre Entstehung verdanken mögen, zum größten Teil aber beruhen sie „auf dem tieferen und letzten Grund der Einwilligung“.[2]) So scheint die Schlußfolgerung Bindungs nicht ungerechtfertigt.

6. Eine weitere Argumentation, an die man mit Dohna S. 143 denken könnte, um die hier vertretene Ansicht zu widerlegen, ist ebenfalls nicht stichhaltig: die §§ 142 und 216 belegen die auf Verlangen zugefügten Verletzungen im Falle der Tötung und der Verstümmelung eines Wehrpflichtigen mit besonders milden Strafen. „Dadurch erklären sie eben implicite diese Verletzungen auf Verlangen in allen anderen Fällen für straflos, gleichzeitig aber beweist die Fassung des § 216, daß die Tötung — und entsprechend auch die Verletzung — auf bloße Einwilligung hin vom Gesetzgeber ohne Berücksichtigung bleiben sollte.“[3])

Diese formal zulässige Auslegung scheitert daran, daß, wie wir nachgewiesen haben, im § 142 Verlangen und Einwilligung gleichzusetzen sind.

7. Auf die Tausende von geringfügigen täglich in Erscheinung tretenden Körperverletzungen mit Einwilligung, die zum größten Teil keine Antragsdelikte sind und die in konsequenter Durchführung der negativen Ansicht sämtlich und nach den vermittelnden Ansichten zum großen Teil bestraft werden müßten, ist bei Besprechung der Ansicht des Reichsgerichts hingewiesen worden.

Für das positive Recht ist m. E. wegen des Zusammenhanges der betreffenden Gesetzesbestimmungen nur die Entscheidung möglich, daß der Einwilligung in jede Körperverletzung volle Beachtung geschenkt werden muß. Eine Mehrheit von Gründen ergibt sich für unsere Ansicht, die von den Gegnern nicht widerlegt werden können. Deshalb ist es auch für das geltende Recht nicht nötig, eine Entscheidung der Frage überhaupt abzulehnen, wie Gerland[4]) und Dohna[5]) es wollen.

Ob freilich das Rechtsgefühl mit diesem Ergebnis zufriedengestellt sein wird, ist eine zweite Frage. Für die Fälle schwerster Körperverletzungen, wie sie z. B. groben Unzuchtsakten entspringen, schwerer Verstümmelungen zum Zwecke der Erlangung der Invalidenrente usw.

[1]) Dorn in G.A. I, 330.
[2]) Hartwig in G.S. 83,66.
[3]) Dohna a. a. O.
[4]) Vgl. Darstell. Allg. T. Bd. 2 S. 501.
[5]) Dohna S. 141/42.

möchte ich es in Frage stellen. Das zu untersuchen, war auch nicht der Zweck dieser Arbeit. Zweck dieser Arbeit war es, die Frage nach der Rechtswirksamkeit der Einwilligung für das bestehende Recht auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen zu lösen.

Nicht zuletzt wegen der Unzufriedenheit selbst der Vertreter der positiven Ansicht mit dem an Hand des Gesetzrs gewonnenen Ergebnis und wegen der allgemeinen Rechtsunsicherheit auf dem Gebiet der Einwilligung ist das Verlangen nach einer positiven Regelung des Einwilligungsproblems fast allgemein geworden. „Der jetzige Zustand ist ein unhaltbarer und bedarf dringend der Reform."[1])

„Bleibt die Untersuchung der Rechtsprechung und der Wissenschaft vorbehalten, so bleibt auch die Unsicherheit über den Wirkungskreis der Einwilligung bestehen."[2]) „Deshalb ist es keine der geringsten Aufgaben eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches der Zukunft, den alten Rechtszustand auf diesem Gebiet zu beseitigen und damit dem Streit der Meinungen ein Ende zu machen."[3])

Wieweit die vorliegenden Strafrechtsentwürfe das Problem der Einwilligung in die Körperverletzung gelöst haben, wie weit sie auf dem von der Wissenschaft vorbereiteten Boden aufgebaut haben, das zu untersuchen wird die Aufgabe des zweiten und letzten Abschnitts dieser Arbeit sein.

---

[1]) Blume S. 66, Hofert S. S. 64.
[2]) Freund S. 30.
[3]) Blume a. a. O.

2. Abschnitt.

§ 5.

Stellungnahme der Entwürfe.

Der Vorentwurf (V. E.)

zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909 vertritt in Übereinstimmung mit einer Anregung Gerlands [1]) den Standpunkt, eine Bestimmung über die Einwilligung im Allgemeinen Teil sei nicht erforderlich.[2]) Die Frage, die der Natur der Sache nach überhaupt nur selten aufgeworfen werden könne, sei im besonderen Teil von Fall zu Fall bei den einzelnen Delikten zu entscheiden. Daher bestehe auch kein Bedürfnis, eine Legaldefinition der Einwilligung zu geben.

Die Frage nach Natur und Voraussetzung der Einwilligung wird somit der Rechtsprechung und der Wissenschaft überlassen.

Auch im besonderen Teil trifft der V. E. keine Bestimmung über die Bedeutung der Einwilligung bei Körperverletzungen. Der V. E. geht mit dem Reichsgericht grundsätzlich davon aus, daß der Einwilligung kein rechtswidrigkeitsausschließender Charakter beizulegen ist. Auch eine ausdrückliche Berücksichtigung der Körperverletzungen geringerer Art lehnt der V. E. ab: „Das Bedürfnis und die Zweckmäßigkeit einer solchen Scheidung ist nicht anerkannt, einmal wegen der geringen praktischen Bedeutung, die der Einwilligung des Verletzten gerade bei der Körperverletzung zukommt (!!), ferner wegen der Weite des in § 227 V. E. aufgestellten Strafrahmens (Gefängnis von 1 Tag bis zu 3 Jahren und die Möglichkeit, in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen) und endlich, weil es kaum ausführbar erscheint, die geringsten Tätlichkeiten von den weniger geringen einfachen Körperverletzungen auch nur einigermaßen scharf abzugrenzen."

Daß der Einwilligung in die Körperverletzung eine nur geringe praktische Bedeutung zuzumessen ist, wird wohl von den Wenigsten anerkannt. Wir haben darauf hingewiesen, daß geringfügige Körperverletzungen tagtäglich vorkommen. Zu diesen „geringfügigen" Körperverletzungen hätte der V. E. anders Stellung nehmen müssen als durch den Hinweis auf die Weite des Strafrahmens in § 227 V. E. Eine

[1]) Vgl. Darstell. Allg. T. II, S. 529 f S. 487 ff.
[2]) Begründung S. 251.

Änderung hat der V. E. über das Einwilligungsproblem nicht gebracht. Er läßt nur die Möglichkeit, wie bei allen Körperverletzungen mit Einwilligung, in ganz geringfügigen Fällen von Strafe abzusehen.

Der Gegenentwuf (G. E.)

zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1911, aufgestellt von den Professoren Kahl, Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt, brachte in § 271 Abs. 1 S. 2 eine Neuerung. Nach zitiertem Paragraphen bewirkt die Einwilligung bei den nur auf Antrag verfolgbaren Körperverletzungen das Erlöschen des Antragsrechts und führt somit ihre Straflosigkeit herbei. Eine besondere Berücksichtigung der Einwilligung bei schweren Körperverletzungen trifft der Gegenentwurf nicht. Sie sei nicht notwendig, „da eine Herabsetzung des Strafrahmens nach Maßgabe des § 87 G. E. (mildernde Umstände) möglich sei."[1]) Die Regelung der Streitfrage sei nun, wie es in der Begründung heißt,[2]) in einem Sinne entschieden, der den Bedürfnissen des Rechtslebens am besten gerecht werden dürfte. Daß wir einer Scheidung der Körperverletzungen in schwere und leichte bei vorliegender Einwilligung grundsätzlich nicht beitreten können, haben wir oben näher ausgeführt. Der Vorschlag des Gegenentwurfs hat denn auch in den folgenden Entwürfen keinen Anklang gefunden.

Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 (K. E.)

erkennt im Gegensatz zum V. E. die Rechtswirksamkeit der Einwilligung bei Körperverletzungen ausdrücklich an. Die in zweiter Lesung neu eingeschobene Bestimmung des § 293 K. E. lautet: „Nicht rechtswidrig handelt, wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt. Dies gilt nicht, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt."

§ 293 K. E. wird im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Entwürfe von 1925 und 1927, die im wesentlichen dieselben Bestimmungen über das Einwilligungsproblem treffen, behandelt werden.

Der Entwurf von 1919 (E. 19)

trifft wiederum keine Bestimmungen über unsere Frage. Die Begründung für diese stiefmütterliche Behandlung der Einwilligungsfrage sieht die Denkschrift[3]) in der veränderten Auffassung des E. 19 über das Verhältnis der ärztlichen Tätigkeit zur Körperverletzung. Der E. 19 betrachtet im Gegensatz zur Auffassung des Reichsgerichts und des K. E. eine Handlung, die von irgend jemand „nach den Regeln

[1]) Begründung S. 259.
[2]) ebenda.
[3]) S. 239.

der ärztlichen Kunst zu Heilzwecken" vorgenommen wird, niemals als eine Körperverletzung.[1]) Die Einwilligung des Betroffenen sei deshalb nicht notwendig, um die Strafbarkeit wegen Körperverletzung auszuschließen, sondern es bedürfe ihrer nur deshalb, weil eine Heilbehandlung gegen den Willen des Betroffenen einen Eingriff in seine Willensfreiheit enthalte, den der Gesetzgeber nicht ungestraft geschehen lassen könne. „Davon ausgehend wurde im E. 19 zur Frage des ärztlichen Eingriffes überhaupt nicht im Rahmen der Körperverletzungsvorschriften Stellung genommen, sondern in den Abschnitt über die Verletzung der persönlichen Freiheit oder Sicherheit eine besondere Strafdrohung (§ 313) eingestellt, gegen den, der einen anderen gegen seinen Willen zu Heilzwecken behandelt."[2]) Mit dieser veränderten Auffassung des Entwurfes habe die vom K. E. aufgenommene Bestimmung über die Einwilligung den wesentlichsten Teil ihrer Bedeutung verloren! Es empfehle sich überdies auch nicht, für eine einzelne Gruppe von Delikten eine Frage zu regeln, die auch bei anderen Tatbeständen eine Rolle spielt.[3])

Das Ergebnis ist also das: Das Problem wird wiederum der Wissenschaft überlassen! Denn man kann sich unmöglich auf den Standpunkt stellen zu sagen: in § 313 ist die Behandlung eines anderen gegen dessen Willen zu Heilzwecken mit Strafen bedroht, Körperverletzungen sind daher nur dann strafbar, wenn sie gegen den Willen des Verletzten verübt sind![4]) Das wäre ein unzulässiger Analogieschluß. Darum ist mit Gerland[5]) abschließend zur Kritik des E. 19 zu sagen: „Der Versuch des E. 19, die Frage nach der Rechtswirksamkeit der Einwilligung bei Körperverletzungen einerseits durch Schweigen, andererseits durch Aufstellung von positiven Bestimmungen über den ärztlichen Eingriff zu lösen, muß als mißlungen betrachtet werden."

Der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925
und der
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs v. 1927

sind dem allgemeinen Wunsche nach Aufnahme einer positiven Bestimmung über die Einwilligung in die Körperverletzung nachgekommen.

[1]) Der amtliche Entwurf von 1925 erklärt ebenfalls in § 263, daß Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprächen, keine Körperverletzungen seien.
[2]) Denkschrift S. 238.
[3]) ebenda.
[4]) siehe auch Blume S. 60ff.
[5]) Kritische Besprechung z. Allgm. Teil des St.G.B. von 1919.

In enger Anlehnung an den § 293 K. E. haben sich beide Entwürfe in fast demselben Wortlaut und derselben Begründung für die Anerkennung der Rechtswirksamkeit der Einwilligung bei Körperverletzungen ausgesprochen. §§ 264 E. 27 und 239 A. E. bestimmen: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem (A. E.: trotz der Einwilligung) gegen die guten Sitten verstößt."

Es wird danach nicht die Einwilligung, sondern nur die Tat nach dem Begriff der guten Sitten beurteilt. „Es kommt auf das Werturteil über die Tat, nicht auf das über die Einwilligung an."[1] „Willigt also jemand in eine Körperverletzung ein, um von sich oder einem anderen ein schweres Unheil abzuwenden, das der Täter für den Fall der Nichteinwilligung in Aussicht stellt, so kann die Handlungsweise des Einwilligenden durchaus sittlich achtungswert sein; gleichwohl soll der Täter für die Körperverletzung bestraft werden, weil er durch den Gebrauch von der Erlaubnis gegen die guten Sitten verstieß."[2] Der Begriff der guten Sitten bestimme sich nach dem B.G.B. „Dort hat er sich zur Abgrenzung des Erlaubten vom Unerlaubten im allgemeinen bewährt. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts decken sich die guten Sitten mit dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden."[3] Ob sich diese Formulierung bewähren wird, wird die Zukunft lehren. Unangefochten ist sie schon heute nicht geblieben. Honig[4], Freund[5], Blume[6], Käthe Friedrich[7] haben sich mit dem Inhalt des § 239 A.E. und somit auch mit dem § 264 E. 27 einverstanden erklärt. Blume führt hierzu aus: Es werde zugegeben werden müssen, daß eine schrankenlose Anerkennung der Rechtswirksamkeit der Einwilligung bei allen Körperverletzungen gegen das Rechtsempfinden der Allgemeinheit verstoßen würde. Deswegen sei die Abgrenzung, die die Entwürfe getroffen haben, durchaus zu billigen. Für die Frage, ob ein Sittenverstoß vorliege, sei mit Zitelmann[8] Motiv und Zweck der Tat und die Art der Verletzung eines jeden Einzelfalles zu berücksichtigen[9], und es sei auch, fügt Warneyer[10] hinzu, Rücksicht zu nehmen auf die Sitten gewisser Klassen und Volkskreise. —

[1] Begründung E. 27 S. 134, ähnlich Begründung A.E. S. 124.
[2] Begründung E. 25 S. 124, E. 27 S. 134.
[3] Begründung A.E.S. 124, E. 27 S. 134.
[4] Einwilligung S. 177.
[5] S. 55.
[6] S. 78.
[7] S. 57 ff.
[8] S. 79.
[9] a. a. O.
[10] Komm. Bd. I § 138 A. I.

Bei Besprechung der Zitelmannschen Rechtsgeschäftstheorie haben wir uns auf den Standpunkt gestellt, daß das Hineinziehen bürgerlichrechtlicher Begriffe in das Strafrecht grundsätzlich abzulehnen ist. Der Begriff der guten Sitten gehört nicht in das Strafrecht. Abgesehen von diesen grundsätzlichen Bedenken muß die Vorschrift des § 264 E. 27 (§ 239 A.E.) auch in der Hinsicht für bedenklich erklärt werden, daß der Begriff der guten Sitten auf strafrechtlichem Gebiet zu erheblichen Zweifeln Anlaß geben kann.[1]) Dies wird behauptet trotz der gegenteiligen Versicherung Trägers[2]), hinsichtlich der Anwendung des Begriffs der guten Sitten könnten keine größeren Zweifel entstehen als bei der Auslegung und Anwendung vieler anderer strafrechtlicher Begriffe, denn der Begriff der guten Sitten sei ein im Recht schon längst eingebürgerter, dem Richter vertrauter, den er fast täglich anzuwenden habe.

Schon Ortmann in G.A. 25,110 erklärte sich gegen das Hineinziehen des Guten-Sitten-Begriffs in das Strafrecht. Zwischen den sittlichen und unsittlichen liege noch das sehr weite Gebiet der nicht sittlichen, aber auch nicht unsittlichen Handlungen, welche das Anstandsgefühl weder nach der einen, noch nach der anderen Seite herausfordern. Wohin soll man aber diese rechnen?

Soll man nun deshalb auf eine Abgrenzung des Wirksamkeitsgebietes der Einwilligung in die Körperverletzung überhaupt verzichten? Nein! Eine bedingungslose Anerkennung der Rechtswirksamkeit der Einwilligung in alle Körperverletzungen könnte in vielen Fällen, vor allem der schweren Körperverletzung, zu Unbilligkeiten führen. Wir haben das wiederholt geäußert. Deswegen möchten auch wir uns für das zukünftige Recht nicht für eine unbeschränkte Wirksamkeit der Einwilligung in jede Körperverletzung aussprechen. Wir schlagen deshalb folgende Formulierung vor: Nicht rechtswidrig handelt, wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt. Dies gilt nicht, wenn die Tat trotz der Einwilligung in erheblichem Maße die Interessen der Allgemeinheit verletzt.[3])

---

[1]) siehe auch Gerland, Der Entwurf 1925, Allg. Teil S. 36; Metzger a. a. O. S. 272.

[2]) a. a. O. S. 123.

[3]) Ich möchte hier ausdrücklich hervorheben, daß durch diesen Vorschlag kein Widerspruch mit meinen bisherigen Ausführungen herbeigeführt wird. Meine Ausführungen in § 4 dieser Arbeit über die schrankenlose Rechtswirksamkeit der Einwilligung in jede Körperverletzung entsprangen dem positiven Recht, das auf Grund des

Diese Formulierung hat den Vorzug, daß sie es vermeidet, auf das Zivilrecht zurückzugreifen. Wann die Interessen der Allgemeinheit in erheblichem Maße durch die Tat verletzt sind, muß, ebenso wie es bei Feststellung, ob eine Tat gegen die guten Sitten verstößt, geschehen müßte, von Fall zu Fall entschieden werden. Größere Schwierigkeiten in der Anwendung als die durch die Entwürfe vorgeschlagene Regelung wird auch unser Vorschlag nicht machen.

Zusammenhangs der betr. Bestimmungen eine andere Auslegung für das geltende Recht nicht zuließ.

Durch die vorgeschlagene Bestimmung wird nun darauf hingewiesen, daß für das zukünftige Recht die Bestimmungen über die Körperverletzung nicht allein im individullen Interesse erlassen sind, sondern daß durch sie in manchen Fällen auch das öffentliche Interesse geschützt werden soll. Die Frage, in wessen Interesse sind die Bestimmungen über Körperverletzung erlassen, wird damit für das geltende Recht hinfällig werden.